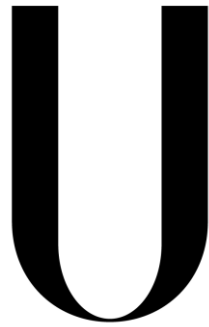


Universidade de Lisboa

Faculdade de Direito



LISBOA

UNIVERSIDADE
DE LISBOA

**EQUILÍBRIO PRESTACIONAL E *IUS VARIANDI*
BANCÁRIO NOS CONTRATOS CELEBRADOS COM
CONSUMIDORES**

**UM ENSAIO SOBRE A TUTELA EFECTIVA DO
CLIENTE BANCÁRIO CONSUMIDOR**

Melissa Tavares de Carvalho

Dissertação de Mestrado Científico
em Direito Bancário e dos Seguros

Orientador: Professor Dr. Januário da Costa Gomes

2018



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

**EQUILÍBRIO PRESTACIONAL E *IUS VARIANDI*
BANCÁRIO NOS CONTRATOS CELEBRADOS COM
CONSUMIDORES**

**UM ENSAIO SOBRE A TUTELA EFECTIVA DO
CLIENTE BANCÁRIO CONSUMIDOR**

**Dissertação apresentada no
curso de Mestrado Científico
de Direito Bancário e dos
Seguros**

**Orientador: Professor Doutor
Januário da Costa Gomes**

**Mestranda: Melissa Tavares
de Carvalho**

Lisboa

2018

– ÍNDICE –

– ABREVIATURAS E SIGLAS –	5
– RESUMO –	6
– ABSTRACT –	6
– PRÓLOGO –	7
Capítulo I: O Consumidor no Epicentro da Regulação Contratual	10
A. Do Influxo do Direito do Consumo nas Malhas do Direito Bancário	10
B. O Contrato de Crédito ao Consumo e o Contrato de Crédito à Habitação – O Princípio « <i>Know Your Client</i> »	19
B1. A Euribor Negativa: um problema de onerosidade do contrato?	28
C. A Tentativa de Consolidação da Tutela do Cliente Bancário Consumidor no DL n.º 227/2012, de 25 de Outubro	33
Capítulo II: <i>Pacta Sunt Servanda Versus</i> o Desequilíbrio de Prestações	42
A. <i>Pacta Sunt Servanda</i> : Metamorfoses da Inflexibilidade Sobre o Conteúdo	42
B. Da Boa-fé ao Instituto da Alteração das Circunstâncias	47
C. Da Retroactividade da Alteração das Circunstâncias	54
D. Notas Conclusivas	60
Capítulo III: Do Risco Intenso da Assimetria Informativa nos Contratos de Crédito com Consumidores	62
A. O Regime Especial de Informação ao Consumidor	62
B. As armas do Consumidor e Mecanismos de Controlo na Tutela do Contraente Débil	73
C. Práticas Abusivas a Coberto do Manto do Mandato Bancário	76

D.	A Cegueira do Mecanismo Único de Resolução Bancária – Consequências para o Crédito ao Consumidor	81
	Capítulo IV: Dos Meandros do Contrato Bancário ao <i>Ius Variandi</i>	87
A.	Da Inauguração da Relação Geral Bancária: o Contrato-Quadro de Abertura de Conta Bancária e os Efeitos da Coligação	87
B.	Sobre a Tessitura Que Compõe os Contratos Bancários: as CCG	93
	B.1. Cláusulas Contratuais Abusivas: a alteração unilateral da taxa de juro	99
	B.2. Jurisprudência do TJUE: um olhar sobre a celebração de contratos de mútuo bancário com consumidores	105
C.	O <i>Ius Variandi</i> Bancário	107
	C.1. O <i>Ius Variandi</i> na Relação de Consumo	107
	C.2. A Carta-Circular nº 32/2011/DSC, de 17-05-2011	112
	C.3. Taxas de Juro: Repercussões Concretas na Relação de Consumo	117
D.	O <i>Ius Variandi</i> Bancário: Breve Apontamento de Direito Comparado....	126
E.	A <i>vexata quaestio</i> : a resolução como solução que protegerá o consumidor?	137
F.	O paradigma do direito contratual na busca do equilíbrio das relações de força	142
G.	Reflexões Finais.....	144
	– BIBLIOGRAFIA CITADA E CONSULTADA –	146
	– JURISPRUDÊNCIA NACIONAL E INTERNACIONAL CITADA –	158
	– AGRADECIMENTOS –	162

– ABREVIATURAS E SIGLAS –

Ac. – Acórdão

Al. (als.) – alínea (s)

Art. (arts.) – Artigo(s)

B. G. B. - Bürgerliches Gesetzbuch

C. Civil – Código Civil Português

Cfr. – Confrontar

D. L. – Decreto-Lei

RCCG – Regime das Cláusulas Contratuais Gerais

RGISF – Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiros

CVM – Código dos Valores Mobiliários

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TRP – Tribunal da Relação do Porto

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

BdP – Banco de Portugal

IC – Instituições de Crédito

– RESUMO –

Na Carta Circular nº 32/2011/DSC, o Banco de Portugal veio estabelecer, a respeito das cláusulas contratuais que permitam uma alteração unilateral ao conteúdo do contrato, um conjunto de boas práticas, inculcando a concretização densificada dos factos que correspondam a razões atendíveis para efeitos de alteração unilateral do conteúdo do contrato. Nas situações em que o banco esteja legitimado a alterar a taxa de juro, essa alteração deve assentar numa relação de causalidade entre o evento invocado como razão atendível e o teor e alcance da alteração contratual que a IC pretende introduzir e deve obedecer ao princípio da proporcionalidade, evitando desequilíbrios injustificados na relação contratual. Com efeito, é sobre a noção de equilíbrio que fundamentalmente nos debruçaremos, colhendo dos ensinamentos do Direito Bancário italiano e dos princípios imanentes ao Direito do Consumo, num périplo pela demanda da concretização do princípio do equilíbrio prestacional, de molde a, derradeiramente, responder à questão: a resolução do contrato é uma solução que verdadeiramente protege o consumidor?

– ABSTRACT –

The Bank of Portugal Circular Letter n.º 32/2011/DSC established a compendium of best practices concerning general clauses that enable unilateral amendments to the contract contents, instructing a dense implementation of facts which comply with justifiable reasons for purposes of contract's contents modification. When the bank is legitimized to change the interest rate, such unilateral amendment of the contract's content must shore on a correlation between the event called upon as a justifiable reason and the scope of the amendment that is imposed, so it must observe a principle of proportionality in order to avoid baseless unbalance in the contractual relationship. It is, in fact, about the balance concept that we will dwell on, gathering lessons from Italian Banking Law and from the fundamental principles of Consumer Law, in a quest driven to attain the contractual balance principle, aiming, ultimately, to give an answer to the question: is the contract termination a solution that truly protects the consumer?

[Tese redigida ao abrigo do Acordo Ortográfico de 1945]

– PRÓLOGO –

O predisponente bancário goza de um privilégio – uma espécie de «*head start*» – em face do consumidor de serviços bancários, porquanto a contratação moderna, em que «*predominan los contratos con cláusulas predispuestas y, con estas, la posibilidad cierta y real de incorporar clausulas abusivas...*»¹, tem a liberdade negocial do consumidor confinada a uma aceitação ou rejeição em bloco.

Neste domínio, o contraente aderente arrosta um risco de utilizações abusivas por parte dos bancos e de outros prestadores de serviços, desde a formação à execução e cessação do contrato, sendo certo que a liberdade do consumidor se traduz numa liberdade fictícia: «*essa liberdade seria...a liberdade de não satisfazer uma necessidade importante...*»². Ora, a utilização de cláusulas de *ius variandi*, a que a doutrina e jurisprudência italianas têm devotado maior cobertura reflexiva, é cada vez mais expressiva, tanto nas operações activas como nas operações passivas, soerguendo-se o poder de alteração unilateral dos bancos em cláusulas concernentes a juros, comissões, e outros encargos típicos do tráfego jurídico bancário. Sucede que o BdP veio dar resposta a esta germinação, impedindo a sua escalada desarvorada, veiculando que as alterações unilaterais introduzidas pelas instituições de crédito deverão cumprir um conjunto de requisitos – como sendo a excepcionalidade dos factores externos em que se baseiam, a imperiosidade de um motivo ponderoso fundado numa razão atendível e prever expressamente o evento que legitima a alteração unilateral, correspondente a variações de mercado –, sem os quais, o consumidor fica legitimado a resolver o contrato, ao abrigo da alínea a), do

¹ STIGLITZ, Ruben L. (1999). Contratos de Consumo y Clausulas Abusivas. In: Estudos de Direito do Consumidor, N.º 1. Coimbra. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pp. 307-340.

² MIRANDA BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves (2001). Os Contratos de Adesão no Cerne da Protecção do Consumidor. In: Estudos de Direito do Consumidor, N.º 3. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pp. 389-424.

número 2, do artigo 22.º do Regime das Cláusulas Contratuais Gerais, aprovado pelo DL n.º 446/85, de 25 de Outubro.

O *ius variandi* impõe uma disciplina específica de molde a repor o equilíbrio que queda lasso com a posição oscilatória em que o poder unilateral do banco acomete o consumidor, qual folha desamparada a ondular pelos ventos da aleatoriedade. A aplicação da disciplina do *ius variandi* bancário nunca pode, portanto, deixar o consumidor à mercê das condutas arbitrárias do banco, estando a validade da cláusula dependente da justificação duma causa objectiva – a razão atendível – e das designadas variações de mercado. Se de um lado se admite o *ius variandi*, por outro nasce o direito de resolução do contrato pelo consumidor. Estas cláusulas surgem como subespécie das denominadas «cláusulas-surpresa sobre o conteúdo», num quadro contratual padronizado, que «atribuam a quem as predisponha o direito de alterar unilateralmente os termos do contrato, excepto se existir razão atendível que as partes tenham convencionado» (alínea c), do número 1, do artigo 22.º da RCCG). Completa ainda o disposto na alínea a), do número 2, do artigo 22.º da RCCG que essa subespécie não é considerada proibida conquanto a alteração da taxa de juro ou o montante de quaisquer outros encargos aplicáveis corresponda a variações do mercado e seja comunicada de imediato, por escrito, à contraparte, podendo esta resolver o contrato com fundamento na mencionada alteração.

Tais requisitos têm equivalente no Direito Civil italiano: a razão atendível como «*giustificato motivo*», a previsão expressa do evento ou «*clausola specificamente approvata*» e a «*comunicazione dall'istituto di credito al cliente*». A delimitação dessas circunstâncias atendíveis deve observar um critério de externalidade e excepionalidade, razão pela qual a proposição *rebus sic stantibus* e o instituto da alteração das circunstâncias devem ocupar-nos, a montante, procurando posteriormente delimitar os mecanismos de tutela do consumidor e, finalmente,

ajuizar da solução jurídica consagrada para dar resposta às cláusulas de *ius variandi*, a jusante.

Sempre que uma cláusula *ius variandi* genérico, ao abrigo do qual podem ser modificadas, nomeadamente, datas de vencimento e pagamentos, a forma de determinados actos, o local e tempo de cumprimento, entre outros aspectos, conste do contrato celebrado com o consumidor, mas não cumpra os requisitos previstos na lei, será nula, aplicando-se o regime supletivo e não podendo, por isso, o banco alterar unilateralmente a disciplina contratual. Todavia, e sem prejuízo da declaração da nulidade de uma tal cláusula, tudo depende do tipo de risco associado, só defluindo a destruição de todos os seus efeitos na eventualidade de ocorrer uma alteração anormal das circunstâncias (cfr. art. 437.º, nº 1 do C.Civil), o que pressupõe imprevisibilidade e excepcionalidade de factos supervenientes, geradores de manifesto desequilíbrio das prestações recíprocas dos contraentes nos limites do quadro negocial existente à data, em termos que retalharemos adiante.

Releva imensamente para o nosso estudo determinar de que modo o princípio do equilíbrio contratual joga a favor do consumidor³, baseando-se nos interesses protegidos. Com efeito, no domínio da contratação ancorada em

³«El deudor de la prestación que se ha hecho excesivamente onerosa, no se libera; sin embargo se revela un peligro: el de la ruina de su economía, debido al excesivo costo de la prestación, y que un derecho inspirado en las exigencias de la sociabilidad no puede ignorar. Se trata de una imposibilidad en el cumplimiento de la prestación que no es de carácter absoluto, hay un cambio relevante de las circunstancias iniciales del contrato, pero no se anula del todo la prestación sino que se recorren los supuestos de la excesiva onerosidad que permiten al afectado pedir el reequilibrio de las prestaciones» (E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni. i. Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, § 8, 190, apud *Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: El deber de revisión del contrato*, de José Félix Chamie).

condições negociais gerais, ocorre tipicamente uma perturbação do equilíbrio negociatório; perturbação que sai agravada pelo exercício do *ius variandi*.

Capítulo I: O Consumidor no Epicentro da Regulação Contratual

– Um Modelo Informacional –

A. Do Influxo do Direito do Consumo nas Malhas do Direito Bancário

Sendo o direito do consumo uma realidade em constante mutação e cuja natureza anima franca plasticidade, o modo mais curial de o perspectivarmos será enquanto conjunto de princípios e regras destinadas à protecção do consumidor – um direito do consumidor, pois «*Simplesmente...a vida não é estanque*», como o destacaria o Professor António Pinto Monteiro⁴ –, de sorte que é mister deitar um olhar acirrado pela imperatividade de alçar defesa atenta ao cerco, nem sempre evidente, de práticas abusivas que disferem investidas cada vez mais sofisticadas ao consumidor. Não se trata de um imperativo de qualquer ordem, mas de um imperativo constitucional (art. 60.º da CRP), uma incumbência prioritária do Estado (art. 81.º, alínea i) da CRP) – originalmente um dever estadual (versão original da CRP de 1976), que se transmutou num reconhecimento de direitos subjectivos (revisão constitucional de 1982) e culminou na integração do catálogo constitucional de direitos fundamentais (revisão constitucional de 1989)⁵ –, um dever inadiável do intérprete.

Ante este bastião de craveira fundamentalista (contudo, de força jurídica relativa), exalam concretizações ordinárias da protecção do consumidor, como

⁴ PINTO MONTEIRO, A. (2002). Sobre o Direito do Consumidor em Portugal. In: Estudos de Direito do Consumo. Centro de Direito do Consumo. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Caderno N.º 4.

⁵ VIEIRA DE ANDRADE, J. (2003). Os Direitos dos Consumidores como Direitos Fundamentais na Constituição da República Portuguesa de 1976. In: Estudos de Direito do Consumo. Centro de Direito do Consumo. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Caderno N.º 4.

sendo o direito à qualidade, à segurança, à formação, à informação, ao equilíbrio, igualdade substancial, lealdade, e boa-fé (ou não-abuso); resultando claro que a interpretação das normas legais em função da Constituição impõe uma leitura articulada, casuística e eminentemente actualista, porquanto a verdadeira força protectora radica na lei ordinária, amparada nas garantias institucionais (associativismo) e processuais (e.g. acção popular, acção inibitória, tutela jurisdicional efectiva pelos meios comuns e mediante arbitragem).

Atenta a posição dominante que o banco assume na relação com o cliente, mercê de uma constelação de vários factores, a supressão do poder negocial mediante a predisposição do clausulado produz, por natureza, um meio propício à consagração de regulamentações obscuras, maleáveis e abusivas, intensificando o surgimento de um risco de desequilíbrios contratuais em prejuízo do cliente, conforme oportunamente retalharemos.

O regime jurídico das cláusulas contratuais gerais constitui um regime especial tutelador, em face do direito comum dos contratos que continua centralizado nos princípios da liberdade e da auto-responsabilidade, presumindo a igualdade entre os sujeitos. Este regime especial visa conter os efeitos disfuncionais da liberdade contratual e proteger determinada categoria de sujeitos, os aderentes, os quais se encontram integrados em formas estruturais que geram situações de poder a favor de organizações, numa situação que tipicamente os impossibilita de uma autotutela dos seus interesses. Estão, assim, desprovidos de qualquer poder negocial em relação à fixação do conteúdo dos contratos que assinam, sem possibilidade de negociar ou de fazer contrapropostas, e sem alternativas à aceitação formal de cláusulas redigidas pela contraparte, que encaram como uma «inevitabilidade» necessária para terem acesso a bens ou serviços essenciais à sua sobrevivência e qualidade de vida.

Deste modo, as cláusulas contratuais gerais, que se encontram submetidas ao regime fixado pelo DL n.º 446/85, de 25/10, na redacção introduzida pelos DL n.º 220/95, de 31/01, e n.º 249/99, de 7/7, «consistem em situações típicas do tráfego negocial de massas em que as declarações negociais de uma das partes se caracterizam pela pré-elaboração, generalidade e rigidez. Efectivamente, está-se nesses casos perante situações em que uma das partes elabora a sua declaração negocial previamente à entrada em negociações (pré – elaboração), a qual aplica genericamente a todos os seus contraentes (generalidade), sem que a estes seja concedida outra possibilidade que não seja a da sua aceitação ou rejeição, estando-lhes por isso vedada a possibilidade de discutir o conteúdo do contrato (rigidez)⁶».

Para além disso, e como refere o Professor Menezes Cordeiro⁷, as cláusulas contratuais gerais costumam caracterizar-se pela desigualdade entre as partes, pela complexidade e pela natureza formulária, ainda que estas características não sejam de verificação necessária. Nas cláusulas contratuais gerais é manifesta a impossibilidade fáctica de uma das partes exercer a sua liberdade de estipulação, que fica assim apenas na mão da outra parte. Porém, a limitação, jurídica ou meramente de facto, da liberdade do aderente não constitui óbice ao triunfo da tese contratual, pois não é a liberdade de estipulação que caracteriza o negócio jurídico e portanto o contrato, mas a autonomia de vontade, ou seja, a faculdade de regular por si os próprios interesses, ainda que dentro de esquemas legais preestabelecidos⁸. O conhecimento imperfeito do conteúdo do contrato, facto subjectivo de averiguação difícil, ocorrerá com mais frequência nos contratos deste tipo; mas

⁶ MENEZES LEITÃO, Luís. (2018). Direito das Obrigações. 15.ª Edição. Almedina: Coimbra. Vol. I. P.32.

⁷ MENEZES CORDEIRO, António. (2008). Manual de Direito Bancário. 3.ª Edição Coimbra Editora: Coimbra. P. 414.

⁸ GALVÃO TELLES, Inocêncio. (2010). Manual dos Contratos em Geral. 4.ª Edição. Coimbra Editora: Coimbra. P.313.

não é fenómeno que só nelas ocorra: Por isso, também não deve aceitar-se a modalidade da tese contratualista que restringe o acordo às condições particulares, dando como não vinculativas para o aderente as condições gerais⁹.

Dada a disparidade de poder entre as partes do contrato de adesão, assume um papel decisivo a garantia do «*modelo de informação*» ou «*imperativo de transparência*», cuja finalidade é potenciar a formação consciente e ponderada da vontade negocial, pacificando posições de disparidade cognitiva, quer quanto ao objecto, quer quanto às condições do contrato¹⁰. Reconhece-se que a liberdade de contratar assenta em pressupostos cognitivos e que a necessidade de transparência e de informação, reportada à fase da formação da vontade, permite combater «*a estrutural assimetria informativa entre as partes*», e exige ao profissional «*deveres positivos de informação, de acordo com parâmetros quantitativos e qualitativos capazes de afiançarem a integralidade, a exactidão e a eficácia de comunicação*»¹¹. Caso contrário, pelo facto de esta liberdade de estipulação ficar restrita a apenas uma das partes, pode conduzir a efeitos perversos: «*Um deles é a circunstância de o contrato poder ser celebrado sem que uma das suas partes se possa aperceber do seu conteúdo, só sendo confrontada com o regime contratual que aceitou no momento em que surge um litígio, quando naturalmente é demasiado tarde para reagir. O outro é a possibilidade fáctica de serem introduzidas no contrato cláusulas iníquas ou abusivas, em benefício de um dos contraentes, que qualquer contraente normal tenderia a rejeitar, se pudesse discutir as condições do contrato*».

Para evitar estes efeitos perversos, que podem ocorrer em relação a uma generalidade de contraentes, a lei tem que intervir no sentido de restringir a

¹⁰ RIBEIRO DE SOUSA, Joaquim. (2007). Direito dos Contratos, Estudos. Coimbra Editora: Coimbra. P.49.

¹¹ Ibidem, pág. 63.

liberdade de estipulação, procurando, por um lado, evitar a introdução no contrato de cláusulas de que o outro contraente se não apercebeu e visando, por outro, impedir o surgimento de cláusulas iníquas. Ora, assente que o contrato está sujeito ao regime das cláusulas contratuais gerais, não pode, outrossim, estar assente que as cláusulas resultaram de qualquer negociação prévia entre as partes. Ademais, os contratos apresentados como acordos adicionais *sine qua non* (produtos casados ou associados) raramente são entregues antecipadamente aos consumidores para que estes possam reflectir sobre o seu conteúdo, bem como não resultam de uma prévia negociação entre as partes. Pelo que, estando perante cláusulas contratuais gerais, devem ser antecipadamente comunicadas pelo predisponente – «[...], *dado que a liberdade contratual de um dos outorgantes se limita, na prática, à liberdade de aceitar ou não as cláusulas impostas e a celebração do contrato, impõe-se que esse outorgante tenha, pelo menos, o conhecimento real e efectivo do teor dessas cláusulas, para que possa decidir se quer ou não contratar nessas condições, destinando-se o dever de comunicação dessas cláusulas, de forma adequada e com a antecedência necessária, a combater o risco de desconhecimento de aspectos significativos do contrato. Pretende-se tornar possível ao aderente o conhecimento completo e efectivo do contrato, exigindo-se, também, que este adopte um comportamento diligente, tendo em vista o conhecimento real e efectivo das cláusulas que o integram*» (Ac. do STJ, de 24/03/2011, proc. n.º 1582/07.1TBAMT-B.P1.S1).

Considerando a confiança estabelecida entre gestores e clientes decorrente de anos de relação, o facto de o banco apresentar, como habitualmente, a documentação que compõe os acordos adicionais, de guisa a que os consumidores assinem como um mero «*pró-forma*», sem lhes explicar efectivamente que estavam a consentir numa situação desfavorável, viola, cabal, flagrante e frontalmente, todos os deveres de diligência, transparência e lealdade que lhe impendem.

Desta feita, visando mitigar os riscos de utilização abusiva de cláusulas gerais, foram conjecturados regimes especialmente aplicáveis à utilização de cláusulas contratuais gerais e de contratos de adesão, incidindo quer sobre o procedimento tendente à celebração do contrato, i.e., à subscrição de cláusulas contratuais gerais, quer sobre o conteúdo do contrato em si, destacando-se, por entre tais regimes, a Lei das Cláusulas Contratuais Gerais, aprovada pelo DL n.º 446/85, de 25/10 – um instrumento absolutamente fundamental na protecção do contraente débil, *in casu*, dos clientes bancários. Este regime veio inculcar limites à liberdade contratual por reconhecer, e bem, que a fixação unilateral de CCG pode facilmente conduzir a estipulações abusivas, no interesse exclusivo do proponente, em detrimento do interesse do aderente, determinando, desta guisa, um indesejável desequilíbrio contratual dos interesses envolvidos. Perante este cenário, o RCCG criou normas de controlo do conteúdo das CCG, estabelecendo, desde logo, um princípio geral de controlo, declarando serem proibidas as cláusulas contrárias à boa-fé (artigos 15.º e 16.º, do aludido D.L.), concretizando, sem esgotar, as situações de abuso mais flagrantes, elencando quatro listas exemplificativas de cláusulas proibidas, sendo tal proibição absoluta em duas delas (arts. 18.º e 21.º) e relativa em relação às outras duas (arts. 19.º e 22.º).

Com efeito, o corpo normativo que mereceu necessária consagração no aludido RCCG também são aplicáveis aos Contratos de Intermediação Financeira, como decorre, com suma evidência, do artigo 321º, número 3 do CVM, republicado pelo DL n.º 357-A/2007, de 31 de Outubro, com subsequentes alterações; normativo que se transcreve: «*aos contratos de intermediação financeira é aplicável o regime das cláusulas contratuais gerais, sendo para esse efeito os investidores não qualificados equiparados aos consumidores*».

Do princípio da categorização da clientela escorre o corolário «*know your client*», que foi sofrendo sucessivas alterações, ao longo do tempo – sobretudo entre

2004 (DMIF I) e 2012 (DL n.º 227/2012, de 25 de Outubro) – principiando por destringer apenas investidores institucionais de investidores não institucionais, passando por impor a distinção entre clientes qualificados e não qualificados, categoria delimitada por exclusão (cf. o art. 30.º), acabando por alcançar a imposição de um dever de destringer clientes profissionais dos clientes não profissionais. Esta avaliação do perfil do cliente bancário servia e serve o propósito de recolha de informação sobre a situação financeira dos clientes, a sua experiência em matéria de investimentos e os objectivos que prosseguem através dos serviços a prestar, em ordem a permitir adequar o serviço a prestar às necessidades, nomeadamente informativas, de cada cliente, assegurando-se, casuisticamente, que a operação ou produto visado é o mais adequado e que, na tomada de decisão, este se encontra perfeitamente ciente dos riscos em que incorre. Este dever geral de adequação compreende (e compreendia) o dever de colheita de informação sobre a experiência e o conhecimento do cliente em matéria de investimento e no que respeita ao produto ou serviço pretendido ou oferecido; o dever de avaliação da adequação do investimento proposto ou solicitado, o que pressupõe necessariamente que o intermediário financeiro deva recolher sobre ele toda a informação e, finalmente, o dever de informar o cliente sobre a inadequação ou a falta de informação suficiente (cf. art. 304.º e art. 312.º do CVM).

Já na redacção do artigo 312.º do CVM, dada pelo Decreto-Lei n.º 486/99, de 13 de Novembro, resultava claro que o intermediário financeiro devia prestar, relativamente aos serviços que oferecesse, que lhe fossem solicitados ou que efectivamente prestasse, todas as informações necessárias para uma tomada de decisão esclarecida e fundamentada, incluindo nomeadamente as respeitantes a riscos especiais envolvidos pelas operações a realizar; qualquer interesse que o intermediário financeiro ou as pessoas que em nome dele agissem tivessem no serviço prestado ou a prestar; existência ou inexistência de qualquer fundo de

garantia ou de protecção equivalente que abranja os serviços a prestar; e custo desse serviço. Aditando uma ressalva muito clara: «a extensão e a profundidade da informação deviam ser tanto maiores quanto menor for o grau de conhecimentos e de experiência do cliente».

Importa aqui assinalar que a evolução do RGICSF (DL n.º Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro), que encetou pela incipiente previsão de meros códigos de conduta – «*O Banco de Portugal poderá estabelecer, por aviso, regras de conduta que considere necessárias para complementar e desenvolver as fixadas no presente diploma*» (art. 77.º, n.º 1, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro) –, transitando suavemente para um efectivo mas genérico dever de informação – «As instituições de crédito devem informar com clareza os clientes sobre a remuneração que oferecem pelos fundos recebidos e os elementos caracterizadores dos produtos oferecidos, bem como sobre o preço dos serviços prestados e outros encargos a suportar pelos clientes» (art. 77.º, n.º 1, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 1/2008, de 03 de Janeiro) –, ao que se seguiu uma relevante concretização desse dever – «Em particular, no âmbito da concessão de crédito ao consumo, as instituições autorizadas a conceder crédito prestam ao cliente, antes da celebração do contrato de crédito, as informações adequadas, em papel ou noutro suporte duradouro, sobre as condições e o custo total do crédito, as suas obrigações e os riscos associados à falta de pagamento, bem como asseguram que as empresas que intermedeiam a concessão do crédito prestam aquelas informações nos mesmos termos» (art. 77.º, n.º 2, na redacção dada pela Lei n.º 23-A/2015, de 26 de Março) –, de que emergiu um conexo dever acessório de transparência – «*Para garantir a transparência e a comparabilidade dos produtos oferecidos, as informações referidas no número anterior devem ser prestadas ao cliente na fase pré-contratual e devem contemplar os elementos caracterizadores dos produtos propostos, nomeadamente incluir a respectiva taxa anual de encargos efectiva global, indicada através de exemplos*

que sejam representativos» (artigo 77.º, n.º 3, na mesma redacção) –, tendo este atingindo o seu expoente máximo na imposição de uma prestação de contas anual – «*As instituições de crédito ficam obrigadas a enviar anualmente, no mês de janeiro, uma fatura-recibo, sem qualquer custo, discriminando todas as comissões e despesas associadas a conta de depósito à ordem suportadas no ano civil anterior, ao seu respetivo titular»* (art. 77.º, n.º 8, na redacção dada pela Lei n.º 66/2015, de 06 de Julho).

Outro dos pilares fundamentais para a tutela do consumidor radica na defesa contra as práticas comerciais desleais e agressivas, malgrado o regime padeça de francas fragilidades, dada a sua falta de plasticidade. Efectivamente, como refere o Professor Menezes Leitão, «...o modelo tradicional do comércio pré-sociedade industrial, em que o comerciante se encontrava calmamente instalado no seu estabelecimento, onde aguardava passivamente a chegada dos clientes, foi actualmente substituído por um modelo de comerciante activo e dinâmico, que vai em busca dos seus clientes, procurando através das mais variadas técnicas convencê-los a adquirir o seu produto, técnicas essas que muitas vezes estabelecem um autêntico cerco ao consumidor, quando não mesmo o manipulam psiquicamente»¹². O profissional deve responder às questões colocadas pelo consumidor, deve fornecer-lhe a informação essencial sobre a proposta, deve respeitar as suas opções e evitar atitudes agressivas que viciem a sua vontade negocial. Particularmente relevante no domínio do Direito Bancário é a alínea j), do artigo 3.º do DL n.º 57/2008, de 26 de Março, senão aventemos a hipótese em que um investidor não qualificado, contraente-consumidor, agiu sob influência do poder que, de facto, o gestor bancário sobre ele exerceu, de modo a limitar significativamente a sua capacidade de tomar uma decisão esclarecida ou tomar sequer uma verdadeira decisão *tout court*! E

¹² MENEZES LEITÃO, Luís. (2012). As Práticas Comerciais Desleais nas Relações de Consumo. In: LIBER AMICORUM: A Causa dos Direitos dos Consumidores, de Mário Frota. Almedina: Coimbra. Pp. 369-386.

isto constata-se independentemente do juízo de valor ou apreciação objectiva sobre a vantagem concreta daquele produto para a o cliente bancário consumidor.

Do exposto, e sem mais nos alongarmos neste subcapítulo, extraímos que o Direito do Consumo se foi entranhando paulatinamente nas malhas do Direito Bancário, em virtude da proliferação legislativa a nível europeu e nacional, colimando predicados de equilíbrio, justeza na complexidade negocial, transparência, protecção do contraente mais vulnerável. O cliente bancário consumidor surge como o beneficiário indirecto do processo de construção do mercado interno, sendo a Directiva o seu primordial instrumento propulsor.

B. O Contrato de Crédito ao Consumo e o Contrato de Crédito à Habitação – O Princípio «*Know Your Client*»

O contrato de crédito a consumidores consiste no contrato mediante o qual uma pessoa, singular ou colectiva, no exercício da sua actividade comercial ou profissional, concede ou promete conceder a uma pessoa singular que actua com objectivos alheios à sua actividade comercial ou profissional, crédito sob a forma de diferimento de pagamento, mútuo, utilização de cartão de crédito, ou qualquer outro acordo de financiamento semelhante (art. 4.º do DL 133/2009, de 02 de Junho). A norma reverte, portanto, ao conceito de contrato de crédito a consumidores, sem, todavia, enunciar os tipos contratuais que se lhe reconduzem. O diploma, DL n.º 133/2009, de 02 de Junho, transposto para a ordem jurídica interna, em jeito de harmonização máxima, da Directiva n.º 2008/48/CE, de 23 de Abril, exprimiu a urgência na realização de um mercado comunitário de produtos e serviços financeiros, uniformizador da TAEG e concentrado na defesa dos interesses de todos os consumidores da comunidade europeia. Destaca-se, sobretudo, uma protecção de pendor mais vasto e

capacitado para a conjugação do universo de contratos aderidos, a instituição da ficha específica e normalizada, a proibição de juros elevados, sob pena de usura, a flexibilização das regras aplicáveis ao incumprimento, e a proibição expressa de vendas associadas.

O âmago da Directiva encerra uma vítrea emanção do princípio «*know your client*», não sendo este exclusivo da actividade de intermediação, nos termos atrás descritos, mas antes procurando, em toda a linha, propiciar decisões fundamentalmente informadas, em ordem a prevenir a lesão dos interesses dos consumidores, por um lado, e obviar a potenciais litígios por incumprimento, cumprindo ao credor fazer prova do cumprimento deste dever. Daí que a conduta da IC pressuponha o reconhecimento de que as exigências de informação variam em função do perfil financeiro do cliente a quem o serviço é prestado. O cumprimento deste dever assenta, contudo, num princípio de proporcionalidade, i.e., os deveres de informação e de diligência deverão, salvo melhor opinião, ser tanto mais reforçados quanto mais modestas as garantias e capacidade de ganho do cliente. Essa diferenciação deverá incidir e prolongar-se ao longo de toda a fase pré-contratual, do ponto de vista da avaliação da adaptação do contrato de crédito às necessidades e situação financeira do cliente¹³.

Assim, antes da celebração do contrato de crédito, o credor deve imperativamente avaliar a solvabilidade do consumidor¹⁴ com base em informações que para tal sejam consideradas suficientes, se for caso disso

¹³ O dever de avaliar a solvabilidade do consumidor (art. 10.º do DL n.º 133/2009, de 02 de Junho) passa pela consulta da Central de Responsabilidades de Crédito, mas pode e deve ser complementada pela consulta da lista pública de execuções.

¹⁴ O Banco de Portugal considera que a recolha de documentação junto dos consumidores e a consulta de bases de dados de responsabilidades de crédito com cobertura e detalhe de informação adequados são práticas que facilitam a prova da avaliação de solvabilidade a que as instituições estão adstritas antes da celebração de contratos de crédito (Carta-Circular n.º 45/2011/DSC, de 28-07-2011).

obtidas junto do consumidor que solicita o crédito e, se necessário, através da consulta a bases de dados de responsabilidades de crédito, enquadradas pela legislação em vigor e com cobertura e detalhe informativo adequados para fundamentar essa avaliação.

A actividade de recolha e transmissão de informação, quando levada a efeito incorrectamente, pode ser lesiva para o cliente, se a recolha for deficiente ou a informação prestada for falsa ou deficiente, e tiver levado o seu destinatário a tomar decisões que, a final, se revelam danosas para si. Por outro lado, assume relevância a omissão do dever de informação que impende sobre os bancos nas suas relações com a clientela. Os deveres de informação e de competência técnica que, entre outros, impendem sobre os bancos nas suas relações com os seus clientes estão associados à estrita esfera contratual e ao quadro de responsabilidade daí decorrente para a sua eventual violação. Provada a omissão ou o deficiente cumprimento daqueles deveres, funcionará a presunção de culpa prevista no artigo 799.º, número 1, do C.Civil (neste sentido, Ac. TRL de 19-06-2014, processo n.º 785/12.1TVLSB.L1-6 e Ac. do TRL, de 13-04-2013, processo n.º 2605/10.2YXLSB.L1-6).

Evidentemente que se a IC estiver perante um consumidor, mormente, um consumidor em sentido estrito, deverá redobrar os cuidados de informação. Por forma a deslindar o recorte jurídico em que se situa a figura do consumidor, no emaranhado de fragmentos legislativos com que contamos, é mister atender à lei-quadro do consumo – a Lei de Defesa do Consumidor, Lei n.º 24/96, de 31 de Julho –, daí extraíndo a presença do consumidor quando congregados todos os elementos¹⁵ – subjectivo (i), objectivo (ii), teleológico (iii) e relacional (iv) – que

¹⁵ MORAIS CARVALHO, Jorge. (2018). Manual de Direito do Consumo. 5.ª Edição. Almedina: Coimbra. Pp.26-34.

consubstanciam essa noção¹⁶. Naturalmente que o molde do conceito contido no DL n.º 133/2009, de 02 de Junho não é mais lasso do que aquele que está consagrado na LDC; pelo contrário, a definição é tecnicamente mais específica, porquanto não apenas engloba os elementos que se elencaram, como os acomoda nos negócios jurídicos abrangidos pelo diploma. Constata-se, ademais, uma replicação do princípio da proibição de vendas associadas (art. 9.º/ 6, da LDC), vertida expressamente no artigo 29.º do regime em análise: «*Às instituições de crédito e sociedades financeiras está vedado fazer depender a celebração dos contratos abrangidos por este decreto-lei, bem como a respectiva renegociação, da aquisição de outros produtos ou serviços financeiros*». Realidade normativa da qual se conclui que os deveres a que as instituições de crédito (e sociedades financeiras) estão sujeitas, à luz do RGICSFSFFS, não esgotam os seus parâmetros nesse corpo dispositivo, carecendo inextricavelmente de conjugação com as normas que compõem a constelação legislativa do Direito do Consumo; logo, em primeira linha, a LDC, de sorte que o dever de diligência atinge o seu grau de exigência máximo na relação de consumo, que jamais poderá ser ignorada, em qualquer cenário, apesar de o ter sido gritantemente naquele que se realiza no capítulo III, E. desta dissertação, outrossim respeitante ao princípio «*know your client*», mas aplicado à intermediação financeira.

Sucede que, para os autores que subestimam o valor da prevenção do sobreendividamento e ensoberbecem o princípio da autonomia privada, o dever de avaliar a solvabilidade do consumidor empalidece no manancial de crivos a que o credor está sujeito, não se deixando inquietar com a frequência com que o crédito é concedido indiscriminadamente a pessoas cujo risco de incumprimento é admiravelmente elevado. Compreendemos, porém, no esteio

¹⁶ Neste sentido restrito, Januário da Costa Gomes, «Ser ou não ser conforme, eis a questão. Em tema de garantia legal de conformidade na venda de bens de consumo», in *Cadernos de Direito Privado*, nº 21, Jan/Março de 2008, Editor: CEJUR.

daquilo que se vem revigorando, que o momento da avaliação do perfil económico e comportamental do cliente é crucial na encruzilhada, pese embora o consumidor se possa retratar e exercer o direito de arrependimento, findo o imperativo período de reflexão que a lei consigna. É nesta vertente que releva a noção de concessão de crédito responsável, como medida preventiva de combate ao sobreendividamento¹⁷. Com esta orientação, o artigo 9.º da Proposta de Directiva de 2002 em matéria de crédito aos consumidores, instituía que, «*ao celebrar um contrato de crédito [...] ou ao aumentar o montante total do crédito [...], parte-se do princípio de que o mutuante ponderou previamente, por todos os meios à sua disposição, que o consumidor [...], de acordo com um critério de razoabilidade, pode [...] respeitar as suas obrigações que decorrem do contrato*». Entendemos, nesta esteira, e não naquela que foi adiante reformulada, que o exame à capacidade de reembolso do consumidor não pode ser neutral nem prejudicialmente pretensiosa, em razão de se curar de responsabilidade contratual¹⁸.

Também a este respeito, a *European Banking Authority* (EBA) lavrou o seu parecer sobre «Boas Práticas para a Concessão Responsável de Crédito Hipotecário», no qual reconhece que o crédito hipotecário, não obstante constituir o principal mecanismo utilizado pelos particulares para financiar a aquisição de imóveis de habitação, ostenta uma potencialidade de produção de riscos para os consumidores, recomendado aos bancos medidas responsáveis e adequadas na concessão de crédito. O entendimento anteriormente partilhado

¹⁷ NICK HULS, NADJA JUNGSMANN e BERT NIEMEIJER, «Can Voluntary Debt Settlement and Consumer Bankruptcy Coexist? The Development of Dutch Insolvency Law», Niemi-Kiesiläinen, J, Ramsay, I. e Whitford, W. (orgs.), *Consumer Bankruptcy in Global Perspective*, Oxford: Hart Publishing, Oxford, 2003, Pp. 303-318 apud CATARINA FRADE, *A Regulação do Sobreendividamento*, Coimbra, 2007, pp. 533 e 534, disponível em http://www.ces.uc.pt/cesfct/cfrade/cfrade_t.pdf, apontam que, na experiência holandesa, os “stakeholders”, onde se incluem os credores (fortes), podem adoptar «*o que se pode designar por um comportamento estratégico, encontrando formas expeditas de se ajustarem aos novos parâmetros ou de escaparem pelos buracos da malha legal*».

¹⁸ Neste sentido, MORAIS CARVALHO, Jorge. (2012). *Os Contratos de Consumo – Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*. 5.ª Edição. Almedina: Coimbra. Pp.308 e ss.

por diversas autoridades de regulação era o de que seria suficiente confiar no interesse das próprias instituições de crédito em termos prudenciais, todavia, a crise financeira de 2008 levou os analistas a rever esta abordagem, pelo que a EBA empenhou-se na identificação de boas práticas para a concessão responsável de crédito hipotecário nos vários Estados-Membros da EU, tendo por base os designados *Principles for Sound Residential Mortgage Underwriting Practice*. Do universo de considerações tecidas pela EBA, destaca-se que se considerou boa prática ponderar se devem ser definidos padrões de concessão de crédito hipotecário de acordo os quais será inaceitável a concessão de crédito nos casos em que certas dimensões de um empréstimo não respeitem determinados níveis mínimos absolutos, independentemente dos parâmetros verificados nas outras dimensões. Uma consideração poderá ser se uma característica de um produto ou contrato em particular é prejudicial para os interesses do consumidor (Princípio do FSB 6.3). Considerou-se boa prática exigir que os credores identifiquem grupos de empréstimos com um perfil de risco mais elevado e que estes empréstimos sejam sujeitos a um conjunto de normas específicas (Princípio do FSB 7.3). Adicionalmente, considerou-se boa prática exigir que os credores especifiquem uma política de crédito responsável, estipulando a sua avaliação dos riscos e práticas e procedimentos implementados para assegurar que a sua concessão de crédito é responsável.

Veicula-se, assim, o princípio «*know your client*» como uma verdadeira obrigação, oriunda do direito americano e intimamente atada à intermediação financeira, que se enraizou no direito comunitário sob influência anglo-saxónica. Com efeito, o mutuante deverá empenhar-se na recolha de informação sobre a situação económica e comportamental do cliente, de modo a evitar a concessão de crédito desadequado às necessidades e objectivos deste, por uma banda, e a travar, profilaticamente, a escalada do fenómeno do crédito malparado. Esclareçamos, para que não se meschem, apesar da sua profunda

intercepção, as disciplinas dos Contratos de Crédito a Consumidores e do Crédito à Habitação, que os contratos de crédito garantidos por hipoteca sobre imóvel e os contratos de crédito para aquisição de direitos de propriedade sobre imóveis estão excluídos do âmbito de aplicação objectiva do diploma sobre o qual nos debruçamos, encontrando regulação específica antes no Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de Junho, que aprovou o regime dos contratos de crédito relativos a imóveis, estabelecendo um âmbito alargado, uma vez que estão abrangidos não apenas os contratos de crédito celebrados com consumidores com garantia hipotecária ou outra garantia equivalente ou direito relativo a imóvel mas também os contratos de locação financeira imobiliária para habitação própria permanente, secundária ou para arrendamento. O diploma aplica-se também aos contratos de crédito para a aquisição ou construção de habitação própria permanente, secundária, arrendamento ou a aquisição ou manutenção de direitos de propriedade sobre terrenos ou edifícios já existentes ou projectados.

Existem semelhanças entre os regimes, em particular, no que tange à previsão de regras sobre publicidade, deveres de assistência ao consumidor, acesso não discriminatório a base de dados para avaliação da solvabilidade do consumidor, vendas associadas e informação a prestar durante a vigência do contrato de crédito, contudo, avultam especificidades no crédito hipotecário que justificam uma disciplina diferenciada. Em particular, o crédito para aquisição de habitação própria, conforme houve oportunidade de frisar, é o mais importante compromisso financeiro da vida de um consumidor, atendendo aos valores mutuados, ao prazo de amortização e às consequências da execução da hipoteca. Deste modo, cumpriu ao legislador reforçar as disposições relativas à avaliação da capacidade do consumidor para reembolsar o crédito hipotecário, por comparação com outros tipos de crédito aos consumidores, bem como as garantias de que o consumidor tem condições para

tomar uma decisão racional e esclarecida sobre as características do crédito a celebrar. Mesmo comparativamente ao regime dos Decretos-Leis números 72-A/2010, de 17 de Junho, e 42-A/2013, de 28 de Março, que veio alterar, evidencia-se uma preocupação nutrida pelo reforço da protecção ao consumidor, pautado, nomeadamente, pelo alargamento dos deveres dos concedentes de crédito e da maior densidade da informação que deve ser disponibilizada por comparação com o regime jurídico dos contratos de crédito aos consumidores. Entre as medidas tomadas para a promoção da concessão responsável de crédito, salienta-se a exigência de que os trabalhadores e prestadores de serviços aos mutuantes tenham um nível elevado de conhecimentos e competências, a fim de desempenharem as suas funções com qualidade e eficiência e estarem em posição de prestar explicações cabais aos consumidores.

Importante é, de igual modo, a extensão da protecção ao fiador, que beneficia, previamente à celebração do contrato, de um prazo de reflexão idêntico ao do consumidor de crédito devendo também ser-lhe entregues as minutas da Ficha de Informação Normalizada Europeia (FINE) e do contrato, bem como prestados os esclarecimentos adequados, sendo certo que se aplaude a solução legislativa que imprimiu a obrigação de disponibilização de meios de resolução extrajudicial de litígios, através da adesão dos mutuantes a, pelo menos, duas entidades habilitadas a realizar arbitragens.

Importa-nos, posto isto, retomar o estudo da avaliação da solvabilidade: deste diploma, que entrou em vigor apenas no dia 01-01-2018, resulta que a avaliação da solvabilidade (art. 16.º) dita que apenas quando o resultado da avaliação indica a probabilidade do cumprimento das obrigações pelo consumidor é que o concedente de crédito poderá tomar a decisão de contratar. Mais do que isso, as instituições estão obrigadas a elaborar um manual interno de avaliação da solvabilidade. Esta mudança de paradigma irradiou efeitos no artigo 10.º do

Decreto-Lei n.º 133/2009, de 02 de Junho, cujo número 1 foi complementado pelo texto «*com cobertura e detalhe informativo adequados para fundamentar essa avaliação*». De fora, ficou, não obstante, uma readequação da solução sancionatória, que se conservou nos seus exactos termos, imune a um juízo de tal modo negativo que influísse na validade do contrato, o que, salvo melhor opinião, me parece uma alteração um tanto acanhada.

No panorama do sobreendividamento, sustenta a Comissão Europeia (CE) que há progressos na redução do crédito malparado na União Europeia, incluindo em Portugal, no entanto, a agência de notação Fitch apontou que os bancos portugueses continuam pressionados pelo crédito malparado. Entre 2009 e 2017 denota-se um ligeiro decréscimo¹⁹, na percentagem do crédito malparado dos consumidores, em cerca de 1%, de guisa que se vislumbra um longo caminho a percorrer. Em boa verdade, estudos de psicologia do período pós-crise revelaram-nos que os consumidores são tendentes a determinados enviesamentos na sua avaliação de riscos, como o risco de crédito. A complexidade das decisões neste domínio, a falta de literacia financeira e a assimetria informativa embalam o consumidor na ladainha de atalhos mentais que enleiam o processo de decisão. Estas heurísticas «...*suscitam desvios à lógica racional e distorcem a percepção do risco*»²⁰, querendo isto significar que o optimismo excessivo em relação aos seus rendimentos futuros e subestimação do risco de incumprimento são denominadores comuns ao fenómeno do sobreendividamento

.

¹⁹ <https://observador.frames.news/share/Gt06j293>

²⁰ FRADE, Catarina. (2013). Sobreendividamento e soluções extrajudiciais: a mediação de dívidas. Coimbra: Almedina. DMA.480 (CEJ). P. 15.

B1. A Euribor Negativa: um problema de onerosidade do contrato?

Curioso foi também o rumo interpretativo do BdP, nos últimos anos, sobre o impacto da taxa Euribor: mediante carta-circular, de Março de 2015, o BdP assumiu que o valor negativo da Euribor teria de ser reflectido na taxa de juro do contrato de crédito à habitação (Euribor + spread), mas pouco tempo depois acabou por aceitar a interpretação dos bancos, de que esse desconto só seria feito até anular o *spread*, estabelecendo o BdP a obrigação de as instituições de crédito aplicarem uma taxa de juro igual a zero nos contratos existentes sempre que da soma do indexante à margem ou *spread* contratualmente fixado resultasse uma taxa de juro negativa. A recente proposta do BE, engavetada há mais de dois anos, prende-se com a criação de uma «bolsa de juros» que, considerando o contrato na sua globalidade, descontaria o valor dos juros negativos na totalidade dos juros vencidos no contrato, salvaguardando que o dinheiro emprestado seria restituído na sua totalidade, evitando-se sucessos incumprimentos desastrosos. Visa esta medida, em fase embrionária, obrigar os bancos a reflectirem integralmente as taxas Euribor negativas nos empréstimos à habitação, assim que a Euribor atinja terreno positivo. Apesar de bem-intencionada, e vocacionada para reposição do equilíbrio prestacional, esta proposta de lei²¹ terá um impacto ostensivamente curto no seu alcance, atentas as previsões da subida da taxa Euribor já em 2019²². Acresce que a alteração que vier, eventualmente, a ser aprovada não tem qualquer impacto nos

²¹ Entretanto, aprovada e promulgada: a Lei n.º 32/2018 institui a obrigatoriedade de as instituições bancárias reflectirem totalmente a descida da taxa Euribor nos contratos de crédito à habitação, incluindo as prestações vincendas dos contratos de crédito em curso à data da sua entrada em vigor. O valor negativo apurado deve ser deduzido ao capital em dívida na prestação vincenda.

²² Para 2019, a previsão do banco é que a Euribor a três meses suba para 0,48%, acima do valor que está implícito pelo mercado. Para a taxa a seis meses a estimativa é de 0,53%. E no prazo a 12 meses a Euribor deverá escalar para 0,64% (fonte: <https://www.dinheirovivo.pt/economia/sera-este-ano-que-as-euribor-vaio-sair-de-valores-negativos/>)

empréstimos com *spreads* mais elevados, como é caso dos mais recentes, em que as margens aplicadas miram a compensação da descida do juro indexante.

Se a taxa aumentar, a parcela dos juros da prestação que cabe ao consumidor acompanhará a subida, agravando, assim, a mensalidade do empréstimo. Será mais um período de provocação para as famílias que afectará uma parte do rendimento familiar. O BCE colocou esta taxa em terreno negativo em Março de 2016 precisamente para desincentivar a conservação de liquidez pelos bancos, estimulando-o, ao invés, a emprestar às famílias e empresas, como forma de reanimar as economias da zona euro. Agora, a breve trecho, o BCE pretende reduzir drasticamente o crédito malparado herdado da crise, mediante publicação das novas regras que exigem aos bancos o reforço de provisões, o que tem vindo a ser consecutivamente postergado, tal como a medida de «*bolsa de juros*» *retro* descrita. Será este puramente um problema de onerosidade do contrato? Uma facção da doutrina tende a defender que a perda de onerosidade do mútuo dificilmente se harmoniza com o resultado da interpretação do contrato de mútuo bancário, sendo a nossa opinião que a onerosidade é uma que, apesar de dominante no contrato de mútuo bancário, deve ser conjugada com a dimensão aleatória a que as partes aceitaram pactuar, no exercício da sua autonomia, inscrevendo-se na álea normal dos riscos assumidos pelos contratantes.

E o que é que se aventa que acontecerá ao *spread*? Evidentemente que bancos nunca podem pagar parte dos empréstimos mesmo que as taxas negativas da Euribor esbatessem o *spread*. Será a medida a que se aludiu uma restrição inadmissível ao princípio da livre iniciativa económica privada? Em 2016, o Tribunal de Justiça da União Europeia chegou a pronunciar-se sobre esta matéria, defendendo retroactividade dos efeitos da declaração de nulidade das cláusulas; cláusulas que foram incluídas pelos bancos, na maioria dos contratos de empréstimo hipotecário em Espanha, para fixar uma taxa de juro mínima

que o cliente devia pagar, impedindo os clientes espanhóis de beneficiarem da queda das taxas Euribor²³. O Supremo Tribunal de Justiça espanhol entendia que as cláusulas «*suelo*»²⁴ eram lícitas e, enquanto tais, respondiam a razões objectivas; não eram nem inabituais nem extravagantes; a sua utilização tinha sido tolerada durante muito tempo no mercado do crédito imobiliário; a sua nulidade baseava-se na falta de transparência resultante de uma informação insuficiente dos mutuários; os estabelecimentos bancários tinham respeitado as exigências regulamentares de informação; a fixação de uma taxa de juro mínima respondia à necessidade de manter um rendimento mínimo dos mútuos hipotecários em causa, a fim de permitir aos estabelecimentos bancários cobrir os custos de produção envolvidos e continuar a conceder esses financiamentos; as cláusulas «*suelo*» eram calculadas de modo a não implicar alterações significativas nas quantias a pagar inicialmente, quantias que os prestadores tinham em conta, no momento em que decidiam das suas actuações económicas; a legislação espanhola autorizava a substituição do credor; e a retroactividade da declaração de nulidade das cláusulas em causa provocaria perturbações económicas graves.

Com efeito, a plena eficácia da protecção prevista pela referida directiva requer que o juiz nacional que declarou oficiosamente o carácter abusivo de uma

²³ Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 21 de Dezembro de 2016 (pedido de decisão prejudicial do Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Granada, Audiencia Provincial de Alicante - Espanha) – Francisco Gutiérrez Naranjo/Cajasur Banco SAU (C-154/15), Ana María Palacios Martínez/Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA) (C-307/15), Banco Popular Español SA/Emilio Irlés López, Teresa Torres Andreu (C-308/15).

²⁴ «En tales casos, una tasa cero no está exigida por ninguna norma ni es un imperativo que se derive de ningún principio de Derecho contractual. Ni tan siquiera sería producible este resultado aplicando la regla rebus sic stantibus. Todo lo más a que tiene derecho el banco es que la remuneración total del préstamo no sea negativa, pero no que el tipo básico de referencia sea como poco igual a cero». In: Carrasco Perera, 2005, ¿ESTÁN LOS BANCOS OBLIGADOS A DEVOLVER DINERO A LOS PRESTATARIOS CUANDO EL EURIBOR BAJA DE CERO?, artigo disponível em <https://blog.uclm.es/cesco/files/2015/05/Est%C3%A1n-los-bancos-obligados-a-devolver-dinero-a-los-prestatarios-cuando-el-Euribor-baja-de-cero.pdf>

cláusula possa extrair todas as consequências dessa declaração, sem esperar que o consumidor, informado dos seus direitos, apresente uma declaração em que pede a anulação da referida cláusula. Resulta das considerações anteriores que o artigo 6.º, n.º 1, da Directiva 93/13 deve ser interpretado no sentido de que uma cláusula contratual declarada abusiva deve ser considerada, em princípio, como nunca tendo existido, pelo que não pode produzir efeitos relativamente ao consumidor. Assim, a declaração judicial do carácter abusivo de tal cláusula deve, em princípio, ter por consequência o restabelecimento da situação de direito e de facto em que o consumidor se encontraria se a referida cláusula não existisse. No caso em apreço, pelo acórdão de 9 de Maio de 2013, a que se referem os órgãos jurisdicionais de reenvio, o STJ espanhol decidiu que a declaração do carácter abusivo das cláusulas «*suelo*» em causa não afectava as situações definitivamente dirimidas por decisões judiciais com força de caso julgado nem os pagamentos efetuados antes da data da prolação desse acórdão e que, por conseguinte, os efeitos decorrentes dessa declaração, designadamente, o direito do consumidor a restituição, se limitavam, por força do princípio da segurança jurídica, às quantias indevidamente pagas a partir dessa data.

Ora, o Tribunal de Justiça já reconheceu que a protecção do consumidor não é absoluta, porém, resulta de todas as considerações anteriores que o artigo 6.º, n.º 1, da Directiva 93/13 deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma jurisprudência nacional que limita no tempo os efeitos de restituição decorrentes da declaração do carácter abusivo, na acepção do artigo 3.º, n.º 1, dessa directiva, de uma cláusula constante de um contrato celebrado com um consumidor por um profissional apenas às quantias indevidamente pagas em aplicação dessa cláusula posteriormente à prolação da decisão que declarou judicialmente esse carácter abusivo. E, nesta esteira, se repôs o equilíbrio prestacional almejado «a ferros», na encruzilhada do incessante e frouxo braço

de ferro entre os interesses do sector bancário e os direitos dos consumidores, numa lógica legislativa quase sempre amiga dos bancos, que só estremece quando posta judicialmente à prova.

Ante as considerações até aqui urdidas, de imediato se deduz que a alteração unilateral da taxa de juro requer uma compulsação cuidada e atenta ao cenário macroeconómico, que não apenas uma exposição atida a freios dogmáticos divorciados das dinâmicas da análise económica do direito, sob pena de incorreremos na tentação da mera repetição, em diferentes tons, da doutrina que veio sedimentando neste campo.

O RCCG permite que haja alteração dos termos do acordo, desde que estes reflectam, de facto, a variação do mercado ou a flutuação de taxas formadas no mercado financeiro. No caso que ora nos ocupa, a previsão de uma cláusula no contrato que determinasse que, em caso de juros negativos, o valor dos juros não seria calculado com base no indexante, mas seria fixado num limite de zero não reflectia a variação dos preços no mercado financeiro, contrariando-a. Nessa medida, não se vislumbraria a intencionalidade da norma do n.º2, alínea a) do artigo 22º do DL n.º 446/85, que exclui a nulidade da cláusula: a finalidade de salvaguardar a posição do predisponente perdia-se em concreto. De notar que o escopo fundamental de um sistema de controlo das condições gerais traduz-se em tentar assegurar um adequado equilíbrio de interesses dos dois contraentes.

De acordo com Mafalda Miranda Barbosa, *«a cláusula de limitação do impacto do juro negativo ou a cláusula de limitação dos juros importaria um desvio em relação ao desenho que resulta das regras plasmadas pelo legislador em matéria de arredondamento, tornaria mais onerosa a prestação do cliente que recorre ao crédito bancário para aceder a um bem essencial, frustraria as expectativas do mutuário consumidor que se submetia a uma taxa de juro variável, contando com o risco de subida da Euribor, mas esperando igualmente beneficiar com a sua descida. À primeira*

*vista, poder-se-ia pensar que uma cláusula deste tipo seria contrária à boa-fé e, nessa medida, nula, por comportar uma significativa desvantagem para o cliente e por introduzir uma desrazoável repartição dos riscos. No entanto, há um dado que não podia ser ignorado. De facto, numa situação como esta, podíamos ser confrontados com um interesse não negligenciável por parte dos bancos»²⁵. Repare-se, aliás, que a alternativa para os bancos, na sua contratação futura, poderia passar pelo aumento do *spread*, de tal modo que o aumento da margem – a repercutir-se em custos para os clientes – pudesse vir a cobrir eventuais descidas do indexante.*

C. A Tentativa de Consolidação da Tutela do Cliente Bancário Consumidor no DL n.º 227/2012, de 25 de Outubro

Na vertigem do incumprimento, ora do crédito ao consumo, ora do crédito à habitação, pintam-se dois itinerários que resvalam o regime geral do C.Civil, compreendido pelos artigos 781.º, 934.º e seguintes, e 808.º. Nos termos gerais, o credor investir-se-ia no direito de exigir o pagamento antecipado das restantes prestações, ressalvados os casos em que se aplicariam os generosos limites do artigo 934.º, sendo certo que a resolução do contrato acarretaria a transformação da mora em incumprimento definitivo, ao abrigo do artigo 808.º. Ora, a edificação própria da tutela do consumidor, ínsita e transversal aos regimes do DL n.º 133/2009, de 02 de Junho e DL n.º 74-A/2017, de 23 de Junho, envolvem desígnios que, apesar de seguirem os contornos do artigo 934.º do C.Civil, os suavizam: o artigo 20.º do DL n.º 133/2009 insta a perda do benefício do prazo ou a resolução do contrato tão-somente quando cumulativamente se verifique (i) a falta de pagamento de duas prestações sucessivas que exceda 10% do montante total do crédito e (ii) o credor, sem sucesso, tenha concedido ao consumidor um prazo suplementar mínimo de 15 dias para proceder ao

²⁵ BARBOSA, Mafalda Miranda. (2018). Juros Euribor negativos: reflexões em face do novo artigo 21º-A DL nº74-A/2017. In: Revista de Direito Comercial, disponível em www.revistadedireitocomercialineacom.com.

pagamento das prestações em atraso, acrescidas da eventual indemnização devida, com a expressa advertência dos efeitos da perda do benefício do prazo ou da resolução do contrato. Por seu turno, mais exigente, naturalmente, por estar em causa um bem valioso, nos termos do artigo 27.º do DL n.º 74-A/2017, o mutuante só pode invocar a perda do benefício do prazo ou a resolução do contrato se, cumulativamente, se verificar (i) a falta de pagamento de três prestações sucessivas; (ii) a concessão, pelo mutuante, de um prazo suplementar mínimo de 30 dias para que o consumidor proceda ao pagamento das prestações em atraso, com a expressa advertência dos efeitos da perda do benefício do prazo ou da resolução do contrato, sem que este o faça. O consumidor tem ainda direito à retoma do contrato no prazo para a oposição à execução relativa a créditos à habitação ou até à venda executiva do imóvel sobre o qual incide a hipoteca, caso não tenha havido lugar a reclamação de créditos por outros credores, e desde que se verifique o pagamento das prestações vencidas e não pagas, bem como os juros de mora e as despesas em que o mutuante tenha incorrido, quando documentalmente justificadas, estando o mutuante obrigado a aceitar a retoma do contrato duas vezes durante a respectiva vigência.

O regime do Decreto-Lei n.º 227/2012, de 25 de Outubro, que estabelece os princípios e regras a observar pelas instituições de crédito no *«acompanhamento e gestão de situações de risco de incumprimento»* e na *«regularização extrajudicial das situações de incumprimento das obrigações de reembolso do capital ou de pagamento de juros remuneratórios por parte dos clientes bancários»* só se aplica, neste último caso, quando as situações de incumprimento se reportem aos contratos de crédito referidos no n.º 1 do artigo 2º²⁶ e também só se destina aos clientes bancários

²⁶ Artigo 2.º (Âmbito)

1 - O disposto neste diploma aplica-se aos seguintes contratos de crédito celebrados com clientes bancários:

enquanto consumidores na acepção da Lei-quadro do consumo [art.3º, alínea a)].

No cumprimento das disposições do presente diploma, as instituições de crédito devem proceder com diligência e lealdade, adoptando as medidas adequadas à prevenção do incumprimento de contratos de crédito e, nos casos em que se registe o incumprimento das obrigações decorrentes desses contratos, envidando os esforços necessários para a regularização das situações de incumprimento em causa. Os clientes bancários que se encontrem em risco de incumprimento das obrigações decorrentes do contrato de crédito ou que estejam em mora relativamente ao cumprimento dessas obrigações têm o direito a obter, de forma gratuita, informação, aconselhamento e acompanhamento por parte das entidades reconhecidas para esse efeito, no âmbito da rede extrajudicial de apoio a clientes bancários, cabendo às instituições de crédito prestar informação aos clientes bancários. Não é assim,

a) Contratos de crédito para a aquisição, construção e realização de obras em habitação própria permanente, secundária ou para arrendamento, bem como para a aquisição de terrenos para construção de habitação própria;

b) Contratos de crédito garantidos por hipoteca sobre bem imóvel;

c) Contratos de crédito a consumidores abrangidos pelo disposto no Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de Junho, alterado pelo Decreto-Lei n.º 72-A/2010, de 18 de Junho, com excepção dos contratos de locação de bens móveis de consumo duradouro que prevejam o direito ou a obrigação de compra da coisa locada, seja no próprio contrato, seja em documento autónomo;

d) Contratos de crédito ao consumo celebrados ao abrigo do disposto no Decreto-Lei n.º 359/91, de 21 de Setembro, alterado pelos Decretos-Leis números 101/2000, de 2 de Junho, e 82/2006, de 3 de Maio, com excepção dos contratos em que uma das partes se obriga, contra retribuição, a conceder à outra o gozo temporário de uma coisa móvel de consumo duradouro e em que se preveja o direito do locatário a adquirir a coisa locada, num prazo convencionado, eventualmente mediante o pagamento de um preço determinado ou determinável nos termos do próprio contrato;

e) Contratos de crédito sob a forma de facilidades de descoberto que estabeleçam a obrigação de reembolso do crédito no prazo de um mês.

todavia, que a IC procede, tendendo a desencadear outro processo judicial para venda coerciva do imóvel, sem qualquer sobreaviso.

Com efeito, as instituições de crédito estão obrigadas a elaborar e a implementar um Plano de Acção para o Risco de Incumprimento (PARI), que descreva detalhadamente os procedimentos e as medidas adoptados para o acompanhamento da execução dos contratos de crédito e a gestão de situações de risco de incumprimento. E, quando este falhe, estão adstritas a empreender as diligências necessárias à implementação do Procedimento Extrajudicial de Regularização de Situações de Incumprimento (PERSI), sujeito a uma tramitação específica, em que estão previstas etapas e prazos específicos (arts. 13.º a 17.º do DL n.º 227/2012). Durante o período que decorre entre a integração do cliente no PERSI e a extinção deste procedimento, está vedada à IC a instauração de acções judiciais com a finalidade de obter a satisfação do seu crédito (art. 18.º, n.º 1, alínea b), do citado DL n.º 272/2012)²⁷.

No número 4, do artigo 14.º do diploma que nos ocupa, impõe-se que a IC informe o cliente bancário da sua integração no PERSI, através de comunicação em suporte duradouro, i.e., *«...qualquer instrumento que permita armazenar informações durante um período de tempo adequado aos fins a que as informações se destinam e que possibilite a reprodução integral e inalterada das informações armazenadas»* [art. 3.º, alínea h)]. Logo, não pode a omissão de tal prova da declaração da instituição bancária ser colmatada com recurso à prova testemunhal (cfr. art. 364.º, n.º 2 do C.Civil). Além do mais, tratando-se de uma declaração receptícia, a sua eficácia estaria também dependente da sua chegada

²⁷ De acordo com o n.º 3 do artigo 17º, a IC tem de informar o cliente bancário da extinção do PERSI, através de comunicação em suporte duradouro, e descrever o fundamento legal para essa extinção, tal como as razões pelas quais considera inviabilizada a manutenção do procedimento. Só após esta comunicação produz efeitos a extinção do PERSI, a não ser no caso de acordo para regularização integral da situação de incumprimento, segundo o n.º 4 do artigo 17º.

ao conhecimento do seu destinatário (art.224º, n.º1 -1ª parte do C.Civil), sendo sobre a instituição bancária recai o ónus de o provar.

A omissão de integração no PERSI, bem como sobre as condições para o seu exercício, por parte da IC; a falta de integração do fiador no PERSI, pela IC, quando solicitado por este à IC; constituem violação de normas de carácter imperativo, que configuram excepções dilatórias atípicas ou inominadas, por falta de pressuposto da instauração da acção. Sublinhemos que se cura de uma excepção dilatória inominada que impede a propositura de acção executiva com vista à satisfação do crédito do exequente e que acarreta a absolvição da instância e a comunicação ao BdP. Deveras, delineia-se uma situação de um crédito que não é exigível, por incumprimento de norma imperativa, a qual constitui, do ponto de vista adjectivo, uma condição objectiva de procedibilidade da acção. Apelando à teleologia da norma, não se admite o respectivo suprimimento da falta de pressupostos processuais, dado que se se trata de uma irregularidade insanável e sujeita a disciplina de carácter excepcional. Porém, para sermos rigorosos, tal não obsta a que a entidade bancária venha a interpor nova acção executiva tendente à satisfação do seu crédito, uma vez cumpridas as exigências específicas contidas no diploma sob escrutínio.

Vem retratado no artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 227/2012, qual corolário dos princípios da boa-fé e da lealdade contratuais, que *«no cumprimento das disposições do presente diploma, as instituições de crédito devem proceder com diligência e lealdade, adoptando as medidas adequadas à prevenção do incumprimento de contratos de crédito e, nos casos em que se registe o incumprimento das obrigações decorrentes desses contratos, envidando os esforços necessários para a regularização das situações de incumprimento em causa»*. O florilégio dos componentes hermenêuticos – histórico, sistemático, teleológico e literal – exprime a obrigatoriedade da integração do cliente bancário (e, bem assim, do fiador) no

PERSI, uma vez verificados os respectivos pressupostos, assim que, conseqüentemente, a acção executiva só poderá ser intentada contra os obrigados após a extinção deste procedimento específico, concretizador de garantias e inconciliável com a existência de um processo pendente.

Adite-se que a referida falta de condição objectiva procedimental apenas é adquirida em sede de elaboração de sentença, ainda se estranhando mais o comportamento da instituição bancária quando se constata que o executado tenha solicitado o seu enquadramento da sua situação no Procedimento Extrajudicial de Regularização de Situações de Incumprimento, o que por vezes também sucede, conforme o espelha a jurisprudência.

Mesmo que a situação seja detectada em sede de despacho saneador, é o regime excepcional previsto no regime em análise que afasta liminarmente a possibilidade de ser intentada a acção e, por maioria de razão, existe uma circunstância impeditiva que obsta a que, no decurso de uma acção executiva (que não poderia ser proposta), se desenvolva um Procedimento Extrajudicial de Regularização de Situações de Incumprimento. Aliás, a própria designação (Procedimento Extrajudicial) é absolutamente esclarecedora da intenção do legislador e o intérprete deve presumir que este consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados, tal como proclama o número 3, do artigo 9.º do C.Civil.

Acresce que estas acções das IC são, as mais das vezes, antecedidas de uma inscrição da dívida na «lista negra» do BdP. Ora, os transtornos causados pela indevida inclusão de um nome na base de dados de incumpridores, transmitida e comunicada ao BdP merecem a tutela do direito e, pela sua gravidade, devem ser indemnizados, nos termos previstos pelo art. 496.º do C.Civil (acórdão do STJ, de 19.5.2011, proferido no processo 3003/04.2TVLSB.L1.S2). No que respeita aos danos não patrimoniais, estabelece o número 1 do artigo 496.º do C.Civil

que serão ressarcíveis aqueles que, «*pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito*». No número 3, do mesmo artigo, decorre que «*o montante da indemnização será fixado equitativamente pelo tribunal, tendo em atenção, em qualquer caso, as circunstâncias referidas no art. 494.^o*», atento o «*grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso*». Na impossibilidade de fazer desaparecer o prejuízo, com a indemnização por danos não patrimoniais procura proporcionar-se ao lesado meios económicos que de alguma forma o compensem do padecimento sofrido. Por outro lado, sanciona-se o ofensor, impondo-lhe a obrigação de facultar ao lesado um montante pecuniário, substitutivo do prejuízo infligindo. Ou seja, os danos não patrimoniais constituem prejuízos que não se repercutem no património do lesado, mas tão só afectam interesses de ordem não patrimonial (v.g., sofrimento causado por ofensas à saúde, honra, bom nome), mas que se considera que justificam a imposição ao lesante de uma obrigação pecuniária, que reveste a natureza de uma compensação/satisfação. A inclusão num sistema oficial de controlo do risco de crédito de uma informação falsa, segundo a qual o cliente bancário (pessoa singular) tem uma dívida, potencia, decerto, consequências negativas para a credibilidade ante a comunidade, e é de tal monta que o simples conhecimento da sua existência pela pessoa visada é susceptível de lhe causar preocupação e transtorno psíquico a que a ordem jurídica não deve ficar indiferente²⁸.

²⁸ Os tribunais têm atribuído valores que variam consoante as circunstâncias concretas de cada caso, balizados entre os € 2 500,00 e os € 15.000,00, a saber: € 2.500,00 (acórdão da Relação de Lisboa, 15.9.2011, processo 6771/09.1TBOER.L1-8), € 6 000,00 (acórdão da Relação do Porto, de 28.4.2015, processo 5472/12.8TBMTS.P1), € 7 500,00 (acórdãos do STJ, de 18.01.2011 e de 19.5.2011, respectivamente no processo 6725/04.4TVLSB.L1.S1 e no processo 3003/04.2TVLSB.L1.S2), € 10 000,00 (acórdão da Relação de Lisboa, de 20.5.2014, processo 1723/10.1TXLSB.L1-1 e acórdão da Relação do Porto, de 27.5.2010, processo 671/08.0TBPFR.P1), € 15 000,00 (acórdão da Relação de Lisboa, de 12.01.2012, processo 6512/04.0TVLSB.L1-2).

A tutela do consumidor incumpridor não fica desvanecida nas refracções que acima enunciámos. De facto, o Decreto-Lei n.º 226/2008, de 20 de Novembro, ainda em vigor, que veio reconhecer os sistemas de apoio a situações de sobreendividamento, destinados a aconselhar, informar e acompanhar qualquer pessoa em situação de sobreendividamento, na elaboração de um plano de pagamentos, através de procedimentos de negociação, conciliatórios ou de mediação, adoptou diversas medidas reservadas a aperfeiçoar o modelo adoptado pela designada Reforma da Acção Executiva, aprofundando-o e criando condições para ser mais simples, eficaz e apto a evitar acções judiciais desnecessárias. Assim, foram criadas duas novas medidas destinadas a detectar e apoiar pessoas em situação de sobreendividamento. Em primeiro lugar, nas execuções extintas por não terem sido encontrados bens penhoráveis, é dada aos executados em situação de sobreendividamento a possibilidade de suspender a inclusão do registo do seu nome na lista pública de execuções, quando aderirem a um plano de pagamento elaborado por uma entidade específica e enquanto o estiverem a cumprir. Em segundo lugar, no caso dos processos de execução submetidos a centros de arbitragem em que o executado seja uma pessoa em situação de sobreendividamento, é dada a possibilidade de suspensão do processo por acordo entre as partes, se o executado aderir a um plano de pagamentos elaborado por uma entidade específica e enquanto o estiver a cumprir.

Até ao momento certificaram-se apenas duas entidades: o Gabinete de Apoio ao Sobreendividamento (GAS) e o Gabinete de Orientação ao Endividamento do Consumidor (GOEC). A par desta figura, existe, ainda, a do Mediador do Crédito do BdP, que desenvolve uma actividade de mediação entre clientes bancários e instituições de crédito, no âmbito nomeadamente da contratação e da renegociação de créditos, bem como presta esclarecimentos e informações em matéria de crédito. Segundo o Relatório de Actividade de 2016, sobre os

resultados das mediações, apurou-se, para o período compreendido entre 2009 e 2016, uma taxa de sucesso global de 63%, ligeiramente acima da verificada até ao final do ano precedente (62%)²⁹. Ou seja, num número significativo de casos, foi possível alcançar o resultado visado pela mediação, i.e., o acordo entre o cliente bancário e a IC. A taxa de sucesso das mediações concluídas em 2016, no âmbito dos processos abertos nesse ano, foi de 83%. No desempenho da sua missão, o Mediador do Crédito tem actuado principalmente ao nível da mediação em renegociações de créditos e acordos de pagamentos de dívidas entre os clientes bancários e as instituições e ao nível da prestação de esclarecimentos em matérias no âmbito do crédito, contribuindo assim para melhorar o relacionamento entre as partes envolvidas nas relações de crédito.

²⁹ https://www.mediadordocredito.pt/sites/default/files/Relatorio_de_Atividade_de_2016_-_Mediador_do_Credito.pdf

Capítulo II: *Pacta Sunt Servanda Versus* o Desequilíbrio de Prestações

– A Dogmática Aplicada ao Direito do Consumo –

A. *Pacta Sunt Servanda*: Metamorfoses da Inflexibilidade Sobre o Conteúdo

Na execução do contrato podem emergir variáveis que comovam, de maneira anómala, imprevista, a equação que configura a base negocial e que tornem insustentável a manutenção do contrato tal como foi primitivamente consensualizado e gizado pelos contraentes, por ser por demais evidente o desequilíbrio das prestações, revelando-se excessivamente onerada uma parte e mantendo a outra a situação inaugural, como se nada tivesse ocorrido.

Sobre o antagonismo que a questão impetra, doutrinou-se a cláusula «*rebus sic stantibus*», a «teoria da previsão», a «teoria da imprevisão» e a «teoria da base do negócio»³⁰, procurando uma construção que resguardasse a equidade do contrato, encarado não como um vínculo indelével em homenagem ao primordial consenso negocial, mas antes admitindo não ser justo que o vínculo contratual permanecesse refractário a imprevistos, enfermos de anomalia e superveniência ameaçadoras do equilíbrio contratual.

Já na Idade Média releva a cláusula *rebus sic stantibus*, entendendo-se que «a celebração dos contratos era sempre acompanhada da proposição *rebus sic stantibus*: a vigência contratual dependia da manutenção do status quo próprio do momento da conclusão, sem o que a eficácia dos pactos ficava comprometida». Ora, o contrato, ao tempo em que foi celebrado, já não o fora num ambiente económico em que a economia prognosticasse tempos de tranquilidade e segurança; muitos negócios foram abortados, o crédito quase estagnou pelo que a prudência e o perscrutar

³⁰ OLIVEIRA ASCENSÃO, José. Onerosidade Excessiva por Alteração das Circunstâncias. Publicação da Ordem dos Advogados, acedida em 29-07-2017, em: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=44561&ida=44649

do ambiente socioeconómico não auguravam rápida superação das dificuldades, antes apontavam para horizontes sombrios, como veio a acontecer. Se é verdade que os contratos são para cumprir – *pacta sunt servanda* – e se a lei portuguesa não contempla teoria do limite sacrifício, desonerando, em certos casos, o devedor de cumprir; a boa-fé e o instituto do abuso do direito podem ser convocados como moderadores da rigidez daquele princípio.

A constatação de que pode não ser justo exigir do devedor que cumpra, a todo o custo, quando as circunstâncias que estiveram na base da sua decisão de contratar se alteraram imprevista e radicalmente, impõe, em nome da justiça, da equidade e do equilíbrio contratual que se pondere a modificação (segundo o critério da equidade), ou a resolução do contrato³¹. A título de exemplo, estatui o artigo 1208º que "o empreiteiro deve executar a obra em conformidade com o que foi convencionado e sem vícios que excluam ou reduzam o valor dela ou a sua aptidão para o uso ordinário ou previsto no contrato".

Summo rigore, através dos contratos as partes fazem vinculam-se, e o princípio *pacta sunt servanda* como que os cristaliza na moldura da estabilidade dos contratos. O problema soergue-se, por força da boa-fé, quando se suscite uma alteração anormal das circunstâncias, sendo certo que a génese da doutrina da base negocial radica nas consequências da 1ª Guerra Mundial, que não podiam ser antevistas e que toparam as partes com expressivo demudamento da realidade visada pelo negócio jurídico, agitando o quesito de indagar sobre aquele em que recairia o risco desse desvio de realidade, i.e., da representação negocial de uma das partes, existente no momento da conclusão do contrato e reconhecida quanto ao seu significado pela contraparte, sem ser contestada por esta, ou a representação comum a ambas as partes, sobre a existência ou a

³¹ ROMANO MARTINEZ, Pedro (2015). Da Cessação do Contrato. 3.ª Edição. Almedina. Coimbra. Pp. 124 e ss.

futura verificação (ou não) de certas circunstâncias, sobre as quais se ancorou a sua vontade negocial.

Consoante aquilo que as partes representaram efectivamente ou não distingue-se a base negocial subjectiva (que segue na esteira da teoria da pressuposição de Windcheid) da objectiva (que retoma a doutrina da *clausula rebus sic stantibus*); sendo que, quanto à objectiva, Kegel distingue a grande base negocial (que afecta a existência social das partes, como sejam casos de guerra, revoluções ou catástrofes naturais de carácter geral, alterações imprevisíveis da legislação e desmoronamento do valor da moeda) da pequena.

A questão de maior relevo prende-se, porém, com a delimitação do alcance da regra tradicional *pacta sunt servanda*, em contratos de consumo. Afirmar que o consumidor, apondo a sua assinatura, aceitou todas as cláusulas inseridas nas «condições gerais» é esquecer o que foi muito bem sintetizado numa afirmação feita por Lord Denning, um dos mais ilustres juízes que passaram no século XX pelo mais elevado Tribunal inglês e que passou a constituir importante precedente no sistema do *common law*, sendo por isso referida em quase todos os manuais ingleses relativos ao Direito do Consumidor: Lord Denning, referindo-se aos absurdos que se cometiam em nome da liberdade contratual, dizia que «a liberdade estava toda no lado da grande empresa (*big concern*), que tinha o uso da máquina impressora» e que não havia «nenhuma liberdade para o pequeno (*little man*) que recebia o bilhete, ou o impresso, ou a factura: a grande empresa dizia “pega ou larga” (*take it or leave it*), mas o pequeno não tinha outra opção senão pegar»³². Em abono da verdade, é mister referir, a este ponto, que um dos problemas que mais afecta o “pequeno”, sobretudo na celebração de contratos bancários, é concluir que se deve submeter a cláusula inequitativas ou abusivas por não encontrar alternativa real para a aquisição do bem ou serviço de que carece e de

³² CRANSTON, Ross (1984). *Consumers and the law*. 2.^a Edição. Weidenfeld and Nicolson: Londres. P. 67.

que não pode prescindir.³³ Retomando, prosseguia o ilustre juiz, quando, perante as repetidas cláusulas de isenção da responsabilidade do próprio, ou das de agravamento da responsabilidade do pequeno homem, «os tribunais disseram à grande empresa “deve pôr isso em termos claros”, ela não hesitou em fazê-lo», porque sabia bem que o “pequeno” nunca leria tais cláusulas. Se as lesse, não as compreenderia, e que, de resto, nem sequer adiantava lê-las, porque ele nunca teria alavancagem negocial para as banir do contrato.

Com efeito, são os princípios jurídicos da boa-fé contratual e do equilíbrio contratual, que, juntamente com o vetusto princípio da autonomia privada, constituem o que impedem que a liberdade contratual se converta em servidão contratual, pelo que o *pacta sunt servanda* deve ser apreciado à luz dos princípios aludidos e temperado por uma visão integrada dos modelos de tutela do consumo.³⁴

A tónica deve repousar na preservação da manifestação concreta da autonomia materialmente depositada no contrato, termos em que o reajustamento das prestações em face de uma alteração substancial imprevisível permite admitir uma compressão do *rebus sic stantibus*, já em muito distanciado do «...absolutismo do *pacta sunt servanda*»³⁵.

O nosso ordenamento reconhece aqui, num movimento geral de vários institutos, o sentido de recentrar as atenções na justiça da substância ou do

³³ Vide, a este propósito, PINTO MONTEIRO, António (2015). Banca e cláusulas contratuais gerais (Breve apontamento). In: I Congresso de Direito Bancário. Almedina. Coimbra.

³⁴ Menezes Leitão, Adelaide (2005). Tutela do Consumo e Procedimento Administrativo. In: Estudos do Instituto de Direito do Consumo. Instituto de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Almedina. Coimbra. Volume II.

³⁵ Expressão de Oliveira Ascensão, José. Alteração das Circunstâncias e Justiça Contratual no Novo C.Civil. Publicação da Faculdade de Direito de Lisboa, acedida em: 15-03-2017, em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-Oliveira-ALTERACAO-DAS-CIRCUNSTANCIAS-E-JUSTICA-CONTRATUAL-NO-NOVO-CODIGO-CIVIL.pdf>

conteúdo. Nem sempre há verdadeira liberdade jurídica de celebração dos contratos, como temos vindo a evidenciar, de guisa que dizer que o aderente consentiu, logo, fica vinculado («*pacta sunt servanda*») não serve as premissas de protecção do consumidor nem serve o princípio do equilíbrio prestacional³⁶. A autonomia privada é também um princípio fundamental, mas que depende de autêntica autodeterminação da pessoa. Por isso, a permitir que o consumidor contribua de forma justa quão artesão da relação contratual com o banco, importa não tão-somente que haja parâmetros cognoscíveis e nítidos do poder unilateral de imprimir variações ao contrato, mas outrossim que a alternativa à submissão a tal poder constitua uma genuína alternativa. Caso contrário, é mister dificultar essa vereda em certos aspectos do contrato, como sendo a alteração de juros, mediante a densificação dos conceitos contidos nos seus pressupostos sob um olhar da análise económica do direito e no esteio da lógica imanente ao Direito do Consumo, porquanto, se tempo houve em que a dinâmica contratual era tomada como estanque ou absoluta, tempo haverá em que notabilize o entremeio do equilíbrio das prestações na dinâmica contratual. É mister encontrar, nalgumas situações, uma solução intermédia capaz de entender a assimetria de posições *ab initio*, «...sendo reconhecidos os perigos gravíssimos que para as bolsas mais magras, os orçamentos familiares mais apertados [...] arrastaria a plena liberdade de contratar nas áreas nevrálgicas dessas fraquezas humanas...»³⁷.

³⁶ NEVES, Vítor Pereira das. (2013). Crise, Incumprimento e Insolvência. In: A Crise e o Direito, Almedina/FDUNL. Coleção SPEED: Coimbra. N.º 6. P. 236, diz que «do que se trata, portanto, é de fugir das soluções simples, fazendo justiça ao devedor, recorrendo àqueles que são os princípios gerais do nosso ordenamento jurídico para não nos precipitarmos num juízo de incumprimento e para encontrar soluções reformatórias do vínculo obrigacional que (atendendo aos interesses do devedor e do credor, mas também eventualmente de terceiros) reponham o equilíbrio que a boa-fé, objectivamente apreciada, impõe».

³⁷ ANTUNES VARELA, João. (1996). Das Obrigações em Geral. 9.ª Edição. Almedina: Coimbra. Vol. I. P. 256.

O jurista assume aqui um papel crucial, dado que, na teoria ou na prática, terá de pôr em acção o sistema de valores, princípios e cláusulas gerais que passou a exigir-se. *«Tem de saber subir das palavras para os conteúdos e ser capaz de equacionar racionalmente o ordenamento, para assim chegar à solução certa – aquela que é simultaneamente valorativa e racionalmente comprovável»*, recorrendo, em última instância, a um juízo de equidade³⁸

B. Da Boa-fé ao Instituto da Alteração das Circunstâncias

Os autores alemães que desenvolveram este instituto procuraram fundamentá-lo no princípio geral da boa-fé, dada a ausência de arrimo legal. O artigo 437.º/1 do C.Civil, aclamando a importância da alteração anormal superveniente das circunstâncias, sujeita-a à circunstância da afectação grave dos princípios da boa-fé por imposição das obrigações assumidas pela parte lesada.

A possibilidade de alteração dos contratos com apelo ao número 1, do artigo 437.º do C.Civil, confronta dialecticamente dois princípios: por um lado, o princípio da autonomia privada, que impõe o cumprimento pontual do contrato, i.e., a execução do programa negocial e, por outro, o princípio da boa-fé, que visa assegurar o equilíbrio das prestações de sorte a que a uma das partes não seja imposta uma desvantagem desproporcionada simultaneamente favorecedora da contraparte.

O artigo 437.º/1 abrange todos os casos de alteração subjectiva e objectiva da base negocial, importando que, cumulativamente, exista:

³⁸ Com efeito: a) iníquo é o que não é equo, o que se reconduz ao que contraria a justiça; b) abusivo não define: é justamente o que se pretende definir; c) a desvantagem exagerada é o que caracteriza a injustiça; d) a boa-fé é um pseudo-critério, que não tem afinal aplicação, como veremos; e) a equidade é o critério verdadeiro e único. Foi superbamente definida como a justiça do caso concreto. Engloba portanto em si a justiça, mas a valoração só se pode fazer à luz das circunstâncias do caso: se a causa é a alteração das circunstâncias, essas circunstâncias só podem ser avaliadas à luz da equidade. O critério decisivo é assim singelamente a equidade, como justiça do caso concreto, o que implica a análise das circunstâncias do caso e não uma apreciação generalizada

- a) Uma «*alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar*»;
- b) A «*manutenção do conteúdo contratual afecte gravemente os princípios da boa-fé e que não esteja abrangida pela álea própria do contrato*»;
- c) O «*cumprimento das obrigações impostas ao lesado não esteja coberto pelos riscos próprios do contrato*».

Ora, na execução do contrato podem surgir factores que afectem, de maneira anómala, imprevista, aquela base negocial e que tornem intolerável a manutenção do contrato, tal como foi inicialmente querido e gizado pelos contraentes, por ser patente o desequilíbrio das prestações, sendo agora excessivamente onerada uma parte e mantendo a outra a situação inicial, como se nada tivesse ocorrido.

Destarte, perante uma modificação ambiental encorpada, todas as situações singulares são, necessariamente, tangidas. Uma decisão isolada que provoque determinada adaptação pode, perante outras, ter consequências distorcidas, sendo que a solução pontual reclama que todos os problemas análogos, uma vez colocados judicialmente, terão saída similar: a revisão de um contrato deixa esperar revisões de todos os pactos semelhantes e assim por diante. Entra-se num domínio de grandes proporções, onde a regulação terá de ser genérica: de novo se solicita a intervenção do legislador. O artigo 437º existe e deve ser usado, à luz da jurisprudência dominante, nos casos-limite em que não tenha aplicação qualquer outro instituto,³⁹ pelo que a sua aplicação tem, nestes parâmetros, vocação excepcional ou residual.

³⁹ MENEZES CORDEIRO, António (1974). Da alteração das Circunstâncias – A concretização do art. 437º do C.Civil à luz da Jurisprudência posterior a 1974. Separata dos Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Cunha. Lisboa. Pp. 71-75.

A lei não libera o devedor senão no quadro da figura do abuso do direito e do instituto da boa-fé quando a prestação se tornou excessivamente onerosa. O remédio mais intenso do número 1, do artigo 437º do C.Civil é muito exigente no que respeita à verificação dos requisitos de aplicabilidade.

Romano Martinez considera que os cinco requisitos do número 1, do artigo 437º do C.Civil são de verificação cumulativa pelo que faltando algum ou alguns deles – a saber, (i) que as partes não teriam contratado noutras circunstâncias, (ii) que a alteração seja anormal perante a base do negócio, (iii) que o dano causado a uma das partes gere um desequilíbrio (iv) atentatório da boa-fé objectiva por ser excessivamente oneroso e, por último, (v) que a alteração se não inscrevesse na álea do próprio contrato – não se pode recorrer a este instituto.⁴⁰ «A alteração das circunstâncias relevante tem de ser anormalínea Na doutrina, distingue-se a anormalidade da imprevisibilidade, acolhendo à resolução ou modificação do contrato alterações que, embora previsíveis, sejam excepcionais, anómalas».⁴¹

A circunstância pessoal de um contraente, aquando da celebração do contrato, releva para enquadrar objectivamente os motivos em que foi fundada a decisão de contratar, contudo, a alteração meramente pessoal superveniente, ainda que por motivos externos à negociação mas não imprevisíveis, não é subsumível à previsão do art. 437º, número 1 do C.Civil, por este postular a verificação conjunta de outros requisitos que afectem a generalidade de negócios jurídicos do mesmo tipo.

⁴⁰ Romano Martinez, Pedro (2015). Da Cessação do Contrato. 3.ª Edição. Almedina. Coimbra. P. 155.

⁴¹ ANTUNES, Henrique. (2014). A alteração das Circunstâncias no Direito Europeu dos Contratos, na pág. 13, sobre a anormalidade ou excepcionalidade da alteração. In: Cadernos de Direito Privado, n.º 47 Julho/Setembro 2014.

Num contrato de mútuo, importa considerar o risco próprio do contrato⁴², tão previsivelmente maior quanto maior for o período de duração estipulado. Todos os contratos comportam uma margem de risco económico, sobretudo os contratos de financiamento que envolvem garantias reais ou pessoais; nestas, a condição do garante está mais exposta a flutuações, mormente, em tempo de crise.⁴³ Conforme adverte Carneiro da Frada, a propósito de saber se a actual crise financeira representa uma grande alteração das circunstâncias, *«a forma inopinada e profunda, como a actual crise eclodiu, com a surpresa de muitos ou de quase todos, mesmo especialistas, parece apontar nesse sentido. Entre os factores a ponderar, há que considerar a dimensão da sua ocorrência, a sua não antecipabilidade generalizada e o facto de radicar em causas interdependentes múltiplas que ultrapassam o poder de actuação e influência dos actores económicos singulares (por mais ponderosos que sejam) e se protejam mesmo, como crise global, para além dos limites dos países e das várias zonas económicas do planeta»*. O autor apresenta a solução propugnada como sendo um remédio previdencial, preferível, para o cliente bancário, a soluções mais rígidas como a da insolvência, do ponto de vista da inexigibilidade das obrigações assumidas pelo banco, em nome da boa-fé.

Segundo este autor, as grandes alterações das circunstâncias, enquanto alterações globais dos parâmetros fundamentais da coexistência social, são na realidade um risco de todos, a que todos estão sujeitos, a cujos danos ninguém pode pretender eximir-se à custa de outrem e que não devem conduzir a permitir benefícios integrais a uma das partes com prejuízo da outra. De

⁴² Para CALVÃO DA SILVA, tendo as partes aceitado de modo inequívoco correr o risco de oscilação das taxas de juro e a sua repartição nos termos concretos por elas acordados, não pode considerar-se o contrato resolúvel por excessiva onerosidade decorrente da alteração superveniente das circunstâncias.

⁴³ CARNEIRO DA FRADA, Manuel (2009). Crise Financeira Mundial e Alteração das Circunstâncias: Contratos de Depósito versus Contratos de Gestão de Carteiras. In: Revista da Ordem dos Advogados, Ano 69. Pp. 633 e seguintes, e 682.

princípio, a crise financeira pode originar a inexigibilidade das obrigações assumidas por um banco, em virtude da boa-fé, contanto que inexista qualquer violação contratual ou pré-contratual do banco perante os seus clientes que justifique outra alocação do risco. Nesta esteira, se o banco se derramou em práticas financeiras ilícitas ou de prudência duvidosa, não lhe deve ser permitido invocar em seu benefício o artigo 437.º, número 1 do C.Civil. É neste ponto que o percurso nos empurra para o ponto de partida: são os próprios princípios da boa-fé a determinar a irrelevância das afluídas condutas ilícitas para efeito de exclusão da resolução dos contratos bancários.

Como refere Almeida e Costa, com respeito á questão de saber se o contrato de *swap* se inclui nos previstos no artigo 437, número 1, do C.Civil, atentos os riscos próprios de tal contrato, como contrato aleatório que é, *«não parece contrariar a lei a aceitação de uma fórmula que admita poderem os contratos aleatórios “ser resolvidos ou modificados quando a alteração das circunstâncias exceder apreciavelmente todas as flutuações previsíveis na data do contrato”»*⁴⁴A alteração superveniente não deverá estar abrangida pelos riscos próprios do contrato, até porque, quando o art. 437.º do C.Civil exige que *«não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato»*, não se refere à exigência das obrigações assumidas pela parte lesada mas antes à alteração anormal. Poderemos dizer que esta exigência estaria já, de todo o modo, implícita porque não é anormal o que está dentro dos riscos próprios do contrato. Parece-nos que o mesmo raciocínio se estende à permissão de *ius variandi* nos contratos bancários celebrados nas relações de consumo: não bastará uma qualquer variação de mercado, senão que uma variação anormal, excepcional e imprevisível. Doutro ponto de vista, o regime fixado no artigo 437.º não pode ser substituído no todo ou em parte por um regime convencionado, apesar de se curar de um instituto consabidamente

⁴⁴Sobre esta matéria, vide VAZ SERRA, Anotação ao Acórdão do STJ de 17/02/1980, Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 113º, página 311.

residual, «...ordenado no preciso cruzamento entre dois princípios contraditórios: o da autonomia privada e o da boa-fé...»⁴⁵. Ora, nesta vertente, o *ius variandi* tende a contrariar o absolutismo de uma imperatividade inextricável, criando um espaço próprio de autonomia *sui generis* que merece ser auscultado sob critérios que o artigo 437.º abastecer.

A alteração das circunstâncias terá de ser de tal modo relevante que a exigência das obrigações assumidas pela parte lesada afecte gravemente os princípios da boa-fé. «Quando falamos deste requisito, falamos num critério de Direito, sendo que, como já vimos, o Direito é muito mais do que os critérios legais, é a concretização axiológica - manifestada em modo normativo - voltada para a realização do justo»⁴⁶. Há que valorar o conteúdo do contrato mediante um juízo de prognose póstuma, apurando se merece uma apreciação negativa e qual a solução condizente com o princípio da justiça. Ora, a querela doutrinária que se prende com a determinação da boa-fé objectiva ou subjectiva é despicienda para o que aqui nos traz, mercê do que assevera Carneiro da Frada: o que importa é a justiça objectiva, a justiça do contrato. Independentemente das motivações subjacente, a jusante, sempre será de aferir pelo resultado a que objectivamente a alteração das circunstâncias conduziu a economia e o programa contratuais em termos do seu cumprimento não ser já exigível por afrontar o equilíbrio prestacional.

Em suma, deriva claro que à celebração de contratos bancários é imanente um risco, mais ou menos expressivo, perante a possibilidade das desvalorizações e variações anormais imprevisíveis dos mercados, sendo certo que a Carta-Circular nº 32/2011/DSC, de 17-05-2011, veio disciplinar introduzir um

⁴⁵ NETO, Abílio. (2004). Código Civil Anotado. 14.ª Edição. EDIFORUM: Lisboa. P.451. Ponto 32.

⁴⁶ FONSECA MARTINS, Alexandra. (2015). Contrato de Mútuo com Garantia Hipotecária – A Modificação do Contrato de Crédito à Habitação por Alteração das Circunstâncias Ocorrida nos Mercados Financeiro e Imobiliário. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

mecanismo de tutela do consumidor, decorrente da imposição, em virtude da alínea a), do número 2, do artigo 22.º da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais, da previsão duma cláusula de *ius variandi* que atribua ao consumidor o direito potestativo de resolver o contrato, que adiante amplamente minudenciaremos. Temos em crer que a Carta-Circular aludida reverte ao princípio do equilíbrio contratual⁴⁷ numa perspectiva conduzida pelos pilares do instituto da alteração das circunstâncias no que tange à densificação de conceitos indeterminados. Em último recurso, cumpre atentar aos critérios veiculados no artigo 400.º do C.Civil⁴⁸, em virtude de o exercício de *ius variandi* não deixar margem alguma ao princípio do *favor negotii*, que implicaria, necessariamente, uma solução de conciliação – a modificação do contrato como reposição do equilíbrio contratual visado pelas partes –, o que não se compadece de um cenário que principia com um comportamento *ex uno latere*. Em último caso, conforme se sustentou, a modificação do contrato será uma forma de repor o equilíbrio – «A *modificação do contrato segundo a equidade é sobretudo a actualização e a adaptação do contrato perante a evolução das circunstâncias. Ao ser adaptado e actualizado, o contrato está a manter e reconstruir a verdade originária, o seu projecto de justiça genético*⁴⁹» –, caso se não verifique ineficácia e se considere que a razão assenta em razão atendível, sem, nem por isso, deixar de subsistir uma frincha de desequilíbrio.

Será que, entre a aceitação e a resolução, não existe um dever imposto ao banco de renegociar o contrato, rebuscando a lógica do instituto da alteração das circunstâncias? Se a resolução visa neutralizar os efeitos da superveniência que

⁴⁷ Sobre o equilíbrio contratual tomado como princípio jurídico, vide «O Equilíbrio Contratual como Princípio Jurídico», in Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício, Coimbra Editora, Pp. 1331 e ss.

⁴⁸ PINTO DUARTE, Rui. (2017). A Alteração Unilateral de Contratos de Financiamento. In: II Congresso de Direito Bancário. Almedina: Coimbra. Pp. 325-328.

⁴⁹ PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. (2010). Teoria Geral do Direito Civil. 6.ª Edição. Coimbra Editora: Coimbra. P.376.

contorceu o sentido da execução do contrato, salvaguardando-se os actos de cumprimento até ao momento da alteração de circunstâncias, nas relações obrigacionais de carácter duradouro, como sendo os contratos de crédito à habitação, poderemos extrair da cláusula geral de boa-fé ínsita ao artigo 762.º do C.Civil um dever de renegociar o contrato de execução duradoura. Sempre se dirá que a fórmula legal que atribui ao consumidor o remédio da resolução, atribui-lhe o direito potestativo de exigir uma modificação do contrato ante a imposição unilateral de uma taxa de juro mais onerosa, preconizando uma solução compromissória de reestruturação do crédito que absorva o impacto dessa alteração ou de pura revisão da taxa proposta. Pois, se o banco acusa uma alteração (variação ou razão atendível) ao quadro contratual, querendo fazer prevalecer-se de uma cláusula de *ius variandi*, não lhe basta demonstrar a especificidade do motivo aduzido a coerência entre a modificação e o motivo alegado. Cremos que sobre ele recai concomitantemente um dever de, pelo menos, não recusar injustificadamente a renegociação dos termos em que operará a aplicação de uma nova taxa de juro.

Razões coligidas, genericamente, pelas quais este capítulo se reveste de nuclear importância para a fundamentação da tese que aqui expendemos e que culmina, essencialmente, na dissecação da solução jurídica vigente para a alteração unilateral dos juros pelo banco nas relações de consumo.

C. Da Retroactividade da Alteração das Circunstâncias

Por obedecer ao princípio contido no artigo 434.º/1 do C.Civil, o artigo 437.⁹⁵⁰ obedece a um princípio de retroactividade, sobre cuja consequência para

⁵⁰ VAZ SERRA, no seu anteprojecto do C.Civil – Resolução ou modificação dos contratos por Alteração das Circunstâncias – Pp. 380-381, propôs a seguinte formulação deste normativo: «1. Se se alterarem as circunstâncias em que as partes fundaram a sua decisão de contratar, e daí resulta o desaparecimento da base do contrato, em tais condições que seria gravemente contrário à boa fé, vista, no seu conjunto, a situação do caso e tidos em conta os usos de negócios, exigir o cumprimento dele, pode a parte, que é vítima da alteração das circunstâncias, obter a resolução ou modificação do mesmo contrato.

o consumidor de produtos bancários nos demoraremos genericamente agora e, detalhadamente, adiante: sendo a resolução, em princípio retroactiva (art. 434.º/1 CC), o mesmo preceito acrescenta «*salvo se a retroactividade contrariar a vontade das partes ou a finalidade da resolução*». O ponto nevrálgico está em escarpelizar a aplicabilidade destas previsões normativas na resolução decorrente da alteração das circunstâncias, identificando os seus contornos concretos.

Estatui o número 1, do artigo 434.º, do CC, que a resolução tem efeito retroactivo, salvo se a retroactividade contrariar a vontade das partes ou a finalidade da resolução. A regra de que a resolução tem eficácia retroactiva, sendo equiparada, quanto aos efeitos, à nulidade ou anulabilidade (art. 433.º), tem de ser conjugada com diversos preceitos que se destinam justamente a evitar que, por essa via, uma das partes enriqueça, injustificadamente, à custa da outra. Assim resulta, por exemplo, do disposto no número 2 do artigo 432.º, e do número 2 do artigo 434.º, cujo espírito, segundo o Professor Calvão da Silva⁵¹, pode justificar a redução do valor a restituir por força da resolução, em caso de

2. A parte, contra a qual se pretende a resolução do contrato, pode requerer que, em vez dela, o contrato seja modificado. 3. A modificação do contrato só é admissível quando for conforme com a presumível intenção das partes ou com a boa fé. 4. O disposto neste artigo não se aplica se o devedor estava em mora quando a alteração se produziu, mas sim se o cumprimento foi retardado devido a impossibilidade temporária da prestação, não imputável ao devedor. No caso de prorrogação do prazo por decisão das partes, depende da finalidade dessa prorrogação a aplicação do preceituado no presente artigo às alterações posteriores a ela. 5. Se a alteração das circunstâncias estiver compreendida nas flutuações normais do contrato ou for abrangida pela finalidade dele, não se admite a resolução ou modificação, de que trata o presente artigo. Os contratos aleatórios podem ser resolvidos ou modificados quando a alteração das circunstâncias exceder apreciavelmente todas as flutuações previsíveis na data do contrato; mas a solução ou modificação não se admitem por uma causa quando as partes sujeitarem a efeitos análogos aos desta, resultantes de outras causas. O contrato de seguro de vida pode ser resolvido ou modificado de acordo com legislação especial. 6. A alteração superveniente das circunstâncias equipara-se, para os efeitos declarados neste artigo, a inexistência, na data do contrato, das circunstâncias que lhe serviram de base, se essa inexistência só mais tarde se tornou conhecida e a parte, que dela quer prevalecer-se, não era obrigada a conhecê-la na data do mesmo contrato.»

⁵¹ CALVÃO DA SILVA, João (2006). Venda de Bens de Consumo DL n.º 67/2003, de 8 de Abril | Directiva n.º 1999/44/CE – Comentário. 3ª Edição. Almedina. Coimbra. Pp.79 e ss.

utilização do bem pelo consumidor, ou nos números 1 e 3 do artigo 289.^o e no artigo 290.^o do C.Civil.

Afastando a hipótese de a solução se estribar no recurso aos juízos de equidade, por estarem reservados à modificação do contrato, temos que a resolução não alcança as prestações já efectuadas, a menos que se verifique um nexo entre estas e a causa de resolução. Todavia, a aplicação da solução da retroactividade à resolução por alteração de circunstâncias assume uma tendência para o enfraquecimento da posição contratual da contraparte. Segundo Oliveira Ascensão, deve dar-se por imputável ao lesado que o passado fique eventualmente por reparar, uma vez que poderia ter pedido a resolução ou a modificação antes e não o fez.⁵² Por acompanharmos este entendimento, por razões melhor descritas adiante, afigura-se plausível a hipótese de a resolução tão-somente retroagir ao momento inicial do contrato, cingindo os efeitos da retroactividade aos casos em que o contrato abdique de execução futura em virtude de ser esvaziar de sentido, devendo tais situações ser compulsadas casuisticamente.

Neste particular, André Figueiredo reflecte, outrossim, que apesar dos efeitos típicos da resolução do contrato, como sendo o efeito liberatório e o efeito restituitório sobre as prestações realizadas, o consumidor não fica refém do efeito retroactivo, «...*valendo apenas a partir do momento em que é accionada*»⁵³, atenta a incompatibilidade da retroactividade com a finalidade da resolução, sob pena de atribuir-lhe uma faculdade de resolução impraticável diante da onerosidade excessiva que acarretaria lançar-lhe mão, em razão de ser

⁵² OLIVEIRA ASCENSÃO, José. Alteração das Circunstâncias e Justiça Contratual no Novo C.Civil. Publicação da Faculdade de Direito de Lisboa, acedida em: 15-03-2017, em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-Oliveira-ALTERACAO-DAS-CIRCUNSTANCIAS-E-JUSTICA-CONTRATUAL-NO-NOVO-CODIGO-CIVIL.pdf>

⁵³ FIGUEIREDO, André (2007). O Poder de Alteração Unilateral nos Contratos Bancários. Sub Judice. 39: 9-26.

consequentemente obrigado a restituir o que lhe fora prestado até então (v.g. crédito à habitação).

Com efeito, a resolução tem efeito retroactivo, salvo se a retroactividade contrariar a vontade das partes. A título de exemplo, há incompatibilidade de cumulação entre a resolução do contrato e a indemnização correspondente ao interesse contratual positivo, sobretudo com fundamento nos argumentos retirados do efeito retroactivo da resolução e da incoerência da posição do credor, ao pretender, depois de ter optado por extinguir o contrato pela resolução, basear-se nele para obter uma indemnização correspondente ao interesse no seu cumprimento. Por isso, é de concluir que, por regra, a indemnização fundada no não cumprimento definitivo, que se cumula com a resolução, respeita apenas ao chamado interesse contratual negativo ou de confiança, visando colocar o credor prejudicado na situação em que estaria se não tivesse sido celebrado o contrato, e não naquela em que se acharia se o contrato tivesse sido cumprido.

A resolução contratual coloca as partes na situação que teriam se o contrato não tivesse sido celebrado, visto que, em princípio, produz os mesmos efeitos da nulidade ou da anulabilidade do negócio (art. 433.º). Só assim não será, se a retroactividade contrariar a vontade das partes ou a finalidade da resolução, não abrangendo, também, esses efeitos as prestações já efectuadas nos contratos de execução continuada ou periódica, excepto se entre estas e a causa da resolução existir um vínculo que legitime a resolução de todas elas (art. 434.º, n.ºs 1 e 2). A resolução, igualmente, ainda que expressamente convencionada, não abrange os direitos de terceiros (art. 435.º). Ora, por norma, os contratos bancários em geral assumem natureza de execução continuada, visto que a prestação (actividade de agente) se prolonga ininterruptamente durante um período mais ou menos longo. Assim, de acordo com o disposto no art. 432.º, n.º 2, a respectiva resolução não abrange as prestações já efectuadas (com a

excepção se entre estas e a causa da resolução existir um vínculo que legitime a resolução de todas elas, situação sem aplicação no caso). Decorre, assim, que neste tipo de contratos não devem ser submetidas ao regime da retroactividade, as prestações já realizadas. Estas prestações devem ter-se como subsistentes, pese embora a extinção do negócio.

Compulsemos, agora, concretamente a resolução do contrato de mútuo bancário, em geral, e do contrato de crédito ao consumo e para aquisição de habitação, em especial: o contrato de mútuo bancário poderá ser objecto de resolução quando o mutuário não pague os juros devidos ou quando não restitua o valor mutuado (art.1142.º do C.Civil). Mais especificamente, nos contratos de crédito ao consumo e à habitação, o contrato poderá ser objecto de resolução quando, para além do incumprimento das obrigações aludidas, o mutuário não aplique a quantia mutuada à finalidade contratualmente definida. Verificada alguma das situações que fundamentam a resolução, o contrato será resolvido nos termos gerais dos artigos 432.º e ss. do C.Civil, salvo se as partes estipularem no contrato uma cláusula resolutiva, o que é prática recorrente nos contratos bancários, não obstante a aplicabilidade do crivo do artigo 20.º do DL n.º 133/2009, de 2 de Junho.

No que diz respeito aos juros, por maioria de razão, no contrato de mútuo oneroso liquidável em prestações, o vencimento imediato destas ao abrigo de cláusula de redacção conforme ao artigo 781.º do C.Civil não implica a obrigação de pagamento dos juros remuneratórios incorporados⁵⁴. Nas palavras de Pedro Múrias, «*Tal como, na generalidade dos contratos sinalagmáticos, uma*

⁵⁴ No sentido da inadmissibilidade de se pedirem os juros remuneratórios das prestações ainda não vencidas, apenas por exemplo, todos já depois do DL 133/2009, os Acórdãos. do TRL de 07/02/2013, proc. 10/11.2TBAGH.L1-2, do TRE de 13/02/2014, proc. 1665/11.3TBCTX.E1, do TRE de 12/02/2015, proc. 341/13.7TBVV.E1, do TRE de 08/09/2016, 431/12.3TBBJA.E1, do TRP de 10/11/2015, proc. 1060/15.5T8PVZ.P1, e de 25/10/2016, 455/16.1T8VFR.P1, do TRG de 14/04/2016, 20/14.8T8FAF.G1, entre muitos outros, e também Jorge Morais Carvalho, Manual de Direito do Consumo, Almedina, 2016, 3.ª edição, Pp. 332-337).

prestação não é exigível sem a realização da contraprestação (cf. art. 428) e tende a extinguir-se se a contraprestação nunca for cumprida (cf. arts 795 e 801/2), também no mútuo não há lugar ao pagamento de juros quando não chegue a decorrer o correspondente período de disponibilidade do capital e, o que agora mais nos interessa, os juros só são exigíveis, em princípio, à medida que decorre esse tempo correspondente. [...] Pode dizer-se que, no sinalagma, a realização da prestação é co-constitutiva do direito à contra-prestação. No mútuo, o decurso do tempo de disponibilidade do capital é co-constitutivo do direito aos juros»⁵⁵.

Solução diversa poderia, eventualmente, suscitar uma cláusula em que se estipulasse que, no caso de incumprimento de algumas prestações, o mutuante pudesse impor ao mutuário, além do vencimento antecipado do capital vincendo, o pagamento de uma determinada percentagem dos juros remuneratórios futuros⁵⁶. Assim também quando ocorra alteração das circunstâncias, i.e., o efeito restitutivo não se verifica relativamente aos juros, conquanto se tornam exigíveis apenas à medida que decorre o tempo correspondente à disponibilização do capital. «...A contraparte achar-se-ia confrontada com uma correcção retroactiva do contrato, em prejuízo da estabilidade contratual e de investimentos e despesas que pudesse ter realizado, confiando em certo cenário contratual...»⁵⁷, longe das garras da unilateralidades.

⁵⁵ LURDES PEREIRA, Maria e MÚRIAS, Pedro. (2008). Estudos em Honra de Oliveira Ascensão. Coimbra: Almedina. Vol. I. Pp. 386-395.

⁵⁶ Solução aventada por Januário Gomes, Contratos Comerciais, Almedina, 2013, reimpressão, pág. 301.

⁵⁷ MONTEIRO PIRES, Catarina. (2013). Efeitos da alteração das circunstâncias In: O direito, A. 145, nº 1-2. P. 189.

D. Notas Conclusivas

Tudo visto, é preciso interiorizar que «os consumidores entregam-se às leis (à regulação) e à comunidade organizada sob o signo do Direito (ao Estado) para assegurar o funcionamento de um sistema. Este, entregue a si mesmo e vítima do seu próprio êxito (a hipótese de Minsky!) entra em desequilíbrio, gerando crises sucessivas»⁵⁸ Em 2012, escreve Calvão da Silva que «afinal, o rei vai nu: mercados financeiros globalmente integrados, (mas) sem regulação e supervisão globais»⁵⁹

Deveras, «...não deverá ser considerada como alteração das circunstâncias uma qualquer e inesperada reviravolta das taxas de juro [...] do mercado...»⁶⁰, da mesma guisa que nem toda a variação de mercado envolve uma excepionalidade tal que justifique e permita uma alteração unilateral do banco sobre uma das condições essenciais do contrato.

É certo que, como sustenta, e bem, Carneiro da Frada, «...nada legitima que se exclua aprioristicamente qualquer classe de contratos da incidência do art. 437.º, n.º 1...»⁶¹. E nada obsta a que a aplicação da alteração das circunstâncias, em jeito de intervenção correctiva, a outras situações que não a da onerosidade excessiva. «A consciência da incerteza envolve, em certa medida, uma consciência ou antecipação [...], uma expectativa quanto à evolução do mercado»⁶².

⁵⁸ MENEZES CORDEIRO, A. (2009). A Tutela do consumidor de produtos financeiros e a crise mundial de 2007/2010. Consultado em 02/11/2018, e disponível em: <https://portal.oa.pt/upl/%7Bbeb41c16-14c1-4aa7-abf0-417322539b5c%7D.pdf>

⁵⁹ CALVÃO DA SILVA, J. (2013). Banca, Bolsa e seguros. Direito Europeu e Português. 13.ª Edição Revista e Aumentada. Almedina: Coimbra.

⁶⁰ CARVALHEIROS, M. C. (2000). Contrato de Swap. Coimbra Editora: Coimbra. P. 189.

⁶¹ CARNEIRO DA FRADA, Manuel (2009). *Crise Financeira Mundial e Alteração das Circunstância Contratos de Depósito versus Contratos de Gestão de Carteiras*. Cit. P. 668.

⁶² MONTEIRO PIRES, Catarina. (2013). Entre um modelo correctivo e um modelo informacional no direito bancário e financeiro. In: *Cadernos de Direito Privado*. Direito Privado N.º 44, Outubro/Dezembro 2013. P. 13.

O critério da anormalidade como imprevisibilidade pode fraquejar perante situações em que a apesar da previsibilidade, se verifica uma perturbação notória do equilíbrio do contrato, em termos contrários à boa-fé, pelo que se convoca a excepcionalidade das circunstâncias.

Na Alemanha, alguma doutrina tem recorrido à figura do contrato tácito de aconselhamento por forma a impor ao banco deveres específicos de aconselhamento individual orientado ao investidor concreto, por oposição a deveres laterais ou acessórios da prestação (cfr. BGB § 241/2 e § 311/2). No limite, significa isto que, aceitando o dever de fornecer uma recomendação no exclusivo interesse do cliente, o banco deve revelar conflitos de interesses que possam comprometer o interesse do cliente no contrato, assegurando sempre a equiparação completa de informação. A este respeito, C. Monteiro Pires considera ser controverso este entendimento, seguindo a esteira dos críticos que reflectem a problemática da confiança do segredo do negócio no seu núcleo; o seu próprio interesse no negócio⁶³. Nós, pelo contrário, defendemos que esse dever emana dos deveres cinzelados em preceitos do CVM e do RGICSFSFSF (a saber, artigos 304.º, 306.º, 312.º, 312.º-A a 312.º-H, 309.º-N e 314.º do CVM e artigos 77.º e 77.º-E do RGICSFSFSF). De facto, «...essa especial relação complexa, de confiança mútua e dominada pelo *intuitus personae*, impõe à instituição financeira padrões profissionais e éticos elevados, traduzidos em deveres de protecção dos legítimos interesses do cliente, em consonância com os ditames da boa fé: [...] deveres de alerta, aviso, advertência [...] cuja inobservância ou violação poderá pôr em causa a uberrima fides do cliente e o *intuitus personae* da relação e originar a responsabilidade da instituição financeira imprudente ou não diligente» (STJ, 18-11-2008, Proc. N.º 08B2429).

⁶³ «É, porém, controverso em que medida é que o banco tem de revelar ao seu cliente o seu próprio interesse no negócio, de modo a que este, tendo clara percepção da extensão dos possíveis ganhos do banco, consiga também formar uma ideia mais exacta acerca das suas possíveis perdas.» (MONTEIRO PIRES, Catarina. (2013). Entre um modelo correctivo e um modelo informacional no direito bancário e financeiro, Cit. P. 18).

Capítulo III: Do Risco Intenso da Assimetria Informativa nos Contratos de Crédito com Consumidores

– A Inércia Imanente aos Contratos de Adesão e o Contrapoder –

A. O Regime Especial de Informação ao Consumidor

O consumidor (de serviços bancários), sujeito central da nossa análise, encontra acervo protector num manancial de instrumentos normativos que devem ser aflorados sistemática e teleologicamente, individualmente e no seu conjunto. Ora, como ponto prévio à compulsação do regime especial de informação ao consumidor e à dissecação do regime do crédito ao consumo, mais adiante, é mister, desde logo, concatenar esta formulação de «consumidor», traçando, antes de delongas, as fronteiras e contornos que delimitam esta figura: define o DL n.º 133/09, de 02 de Junho, no seu artigo 4.º, que por consumidor, para efeitos deste diploma, se toma a pessoa singular que, nos negócios jurídicos abrangidos pelo presente decreto-lei, actua com objectivos alheios à sua actividade comercial ou profissional. Como ponto prévio é mister, desde logo, concatenar esta formulação de «consumidor» com aquela que vem plasmada no número 1, do artigo 2.º da Lei da Defesa do Consumidor, em que se lê que se considera consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios, e aquela que subjaz ao DL n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro, a saber, a pessoa singular que actue com fins que não se integrem no âmbito da sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional. Daqui se extrai que ao conceito subjaz um critério finalista de protecção e promoção dos interesses do consumidor, pessoa singular tomada por contraente débil, parte fraca e leiga perante outras entidades de carácter económico e que, por conseguinte, necessita de uma tutela específica. Mas com base em que

premissas? E em que momentos da relação negocial? Lançando mão de que mecanismos?

Vejamos: nos contratos de adesão – campo mui pródigo das cláusulas contratuais gerais – típicos da actividade bancária, o consumidor limita-se a aderir, pelo que a questão primacial repousa na tutela da vontade do aceitante, i.e., do consumidor de que o nosso estudo se ocupa, que não é um qualquer consumidor, mas concretamente o consumidor de serviços bancários. Notemos que este consumidor, perante o «Golias» prestador de serviços, goza de uma reduzidíssima margem negocial, não resultando o conteúdo do contrato de uma «*fair and square*» negociação prévia, mas antes de uma conformação com um clausulado hermético tecnicamente maturado e pensabundo, ao qual o consumidor investe o exclusivo poder de aceitar ou recusar em bloco⁶⁴. Não existe um real encontro de vontades para cada aspecto da regulamentação contratual, mas antes uma pré-formulação escorada numa alavancagem económica e bagagem informativa invencíveis que embalam o consumidor

⁶⁴ «O quadro valorativo expresso pela locução ‘boa-fé’ poder reconduzir-se à tutela da confiança legítima e à necessidade de atentar na materialidade da regulação jurídica. A confiança legítima tem, no C.Civil, através da boa-fé, uma protecção alargada. (...) A boa-fé objectiva, por seu turno, ao vedar comportamentos enganosos, *in contrahendo*, na execução dos contratos ou no simples exercício dos direitos, ou ao proibir práticas como a de *venire contra factum proprium*, prossegue os mesmos escopos. A propósito das cláusulas contratuais gerais, o legislador não inova neste ponto: apenas expressa, no domínio sensível do tráfico negocial de massas, a necessidade de concretizar, em moldes adaptados, um princípio reitor tradicional do direito privado. Quando tutelada com base na boa-fé objectiva, a confiança legítima coloca certas questões de complexidade relativa. Perante a problemática das cláusulas contratuais gerais, o legislador, sempre em termos elásticos, para que não resulte manietada a evolução futura, indicia os factores mais significativos, susceptíveis de criar nas partes situações de confiança: o sentido global das cláusulas contratuais, o processo de formação do contrato singular celebrado e o teor deste. As cláusulas contratuais gerais que ofendam a confiança legítima – portanto, a confiança não contrária a outros valores jurídicos ou aos deveres de indagação que no caso caibam – provocada pelos referidos factores ou por outros elementos atendíveis são opostas à boa-fé e, como tais, proibidas. (...) As cláusulas contratuais gerais, através dos tipos negociais que prefigurem, indiciam, no seu conjunto, os objectivos prosseguidos pelas partes. Esses objectivos devem obter realização prática. Em consequência, são opostas à boa-fé e, assim, proibidas, as cláusulas que, sem justificação legítima, os contrariem, dificultem ou impeçam.» COSTA, Mário Júlio de Almeida; MENEZESCORDEIRO, António. «Cláusulas contratuais gerais – Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro. (1991). Almedina. Coimbra.

numa conatural postura de inércia – a impotência de achar alternativa real para a aquisição daquele crédito.

Com efeito, a utilização de contratos de adesão e de cláusulas contratuais gerais configura uma prática comercial, já que estas figuras integram a estratégia comercial do profissional, estão directamente conectadas, constituindo mesmo parte integral da venda ou prestação de um serviço ao consumidor, e visam interferir no processo de formação da vontade do consumidor nas suas transacções. Se, por uma banda, uma cláusula contratual geral pode ser considerada abusiva à luz da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, a utilização de uma cláusula contratual geral poderá igualmente ser considerada uma prática comercial desleal se for contrária às exigências relativas à diligência profissional e distorcer ou for susceptível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor médio. *«O controlo do conteúdo a que as ccg estão sujeitas representa, pois, dogmaticamente, uma redução da auto-responsabilidade do aderente pelo conteúdo de estipulações que declarou aceitar. A ligação desse conteúdo com a sua autodeterminação é tipicamente muito fraca, pelo que, em correspondência, a sua vinculação não deve ser total, não abrangendo as cláusulas que o prejudiquem excessivamente. A proibição dessas cláusulas constitui uma medida tuteladora dos interesses que o aderente não pode defender através do exercício da autonomia plena.»*⁶⁵

As cláusulas abusivas não são vinculativas para o consumidor, sendo certo que de um controlo de conteúdo das mesmas, pode defluir a sanção da nulidade (artigo 294.º, do C.Civil), invocável nos termos gerais do C.Civil (artigos 285.º e ss. do C.Civil), conforme prescrevem os artigos 12.º e 24.º da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais. Destarte, o aderente que subscreva ou aceite cláusulas

⁶⁵ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. (1999). O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual Almedina. Coimbra. Pp. 284 e ss.

contratuais gerais pode optar pela manutenção dos contratos singulares quando algumas dessas cláusulas sejam nulas, sendo que tal implica a vigência, na parte afectada, das normas supletivas aplicáveis, com recurso, se necessário, às regras de integração dos negócios jurídicos, vigorando, quanto à parte afectada, as normas supletivas que essas cláusulas contratuais gerais pretendiam afastar e, se necessário, recorre-se às regras de integração dos negócios jurídicos – artigo 13.º, números 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro. Todavia, se o aderente permanecer inerte, emoldurando-se num desequilíbrio de prestações gravemente atentatório da boa-fé, subsiste o instituto da redução contratual, como dispõe o artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 446/85, com a devida remissão para o artigo 292.º do C.Civil: o contrato restringe-se à sua parte válida, excepto se se demonstrar que este não teria sido concluído sem a cláusula ou cláusulas nulas. Sucede que «o consumidor médio acredita, devido às características dos contratos de adesão, das cláusulas contratuais gerais, e das circunstâncias que normalmente rodeiam a celebração de um contrato com esta forma, que está vinculado por todas as cláusulas que integram o negócio, embora tal não corresponda, nestes casos, à realidade»⁶⁶

Apesar de específica, essa tutela, sobretudo no que tange ao regime especial de informação aplicável aos contratos com consumidores, é algo difusa, não se bastando o regime do DL n.º 133/09, de 02 de Junho para cobrir todos os seus vértices. A enformar-lhe os traços gerais – torvelinhados pela lei ordinária plantada em regimes distintos – está a lei fundamental, no seu artigo 60.º, ao verter que os consumidores têm direito «à formação» (*vide* densificação no art. 6.º da LDC) «e à informação», em geral (art. 7.º da LDC) e em particular (art. 8.º da LDC), «sendo proibidas todas as formas de publicidade oculta, indirecta ou dolosa». Essa publicidade, que se traduz em qualquer forma de comunicação feita por

⁶⁶ MOURA DOS SANTOS, Teresa. (2015). A tutela do consumidor entre os contratos de adesão e as práticas comerciais desleais. In: Revista Electrónica de Direito – Fevereiro de 2016 – N.º 1. Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

entidades de natureza pública ou privada, no âmbito de uma actividade comercial, industrial, artesanal ou liberal (art. 3.º/1 do Código da Publicidade), rege-se pelos princípios da licitude, identificabilidade, veracidade e respeito pelos direitos do consumidor, estando proibida toda aquela que seja enganosa nos termos do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março, relativo às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores.

Plasma, especificamente, o artigo 7.º do CVM que a informação respeitante a instrumentos financeiros, a formas organizadas de negociação, às actividades de intermediação financeira, à liquidação e à compensação de operações, a ofertas públicas de valores mobiliários e a emitentes deve ser completa, verdadeira, actual, clara, objectiva e lícita, remetendo para a aplicabilidade directa do regime geral da publicidade. Refira-se, sem embargo, que o CVM particular gloriola no regime especial sobre a responsabilidade pelo conteúdo do prospecto, vertido no Regulamento (CE), n.º 809/2004, alterado pelo Regulamento Delegado (EU) 2015/1604 da Comissão, de 12 de Junho de 2015, e artigo 134.º a 154.º do CVM, de que deflui, precipuamente, que o prospecto deve conter informação completa, verdadeira, actual, clara, objectiva e lícita, que permita aos destinatários formar juízos fundados sobre a oferta, os valores mobiliários que dela são objecto e os direitos que lhe são inerentes, sobre as características específicas, a situação patrimonial, económica e financeira e as previsões relativas à evolução da actividade e dos resultados do emitente e de um eventual garante; sendo certo que, a violação desta disposição legal acoberta, a jusante, uma pretensão indemnizatória, à luz do artigo 152.º do CVM. Mais, ajuizou-se um «sumário» (art. 135.º-A do CVM) do prospecto de oferta pública, do qual ressalta que o legislador encasquetou a máxima segundo a qual excesso de informação pode culminar em desinformação. Ademais, é criada, no âmago do regime de responsabilidade civil pelo prospecto, uma presunção de culpa (art. 149.º do CVM) aliada à veiculação da solidariedade

(art. 151.º do CVM) – o oferente, os titulares do órgão de administração do oferente, o emitente, os titulares do órgão de administração do emitente, os promotores, os titulares do órgão de fiscalização, as sociedades de revisores oficiais de contas, os revisores oficiais de contas e outras pessoas que tenham certificado ou, de qualquer outro modo, apreciado os documentos de prestação de contas em que o prospecto se baseia; os intermediários financeiros encarregados da assistência à oferta; e as demais pessoas que aceitem ser nomeadas no prospecto como responsáveis por qualquer informação, previsão ou estudo que nele se inclua [art. 149.º, als. a) a h)]. A montante, repousam mecanismos preventivos, como sendo o regime de adenda aos prospectos ou rectificação e a exigência de apreciação prévia pela CMVM de cada prospecto, garantindo a legalidade da oferta.

Por seu turno, o artigo 77.º-C do RGICSFSF dispõe que a publicidade das instituições de crédito e das suas associações empresariais está sujeita ao regime geral e, relativamente às actividades de intermediação de instrumentos financeiros, ao estabelecido no CVM, especificando que as instituições de crédito devem informar com clareza os clientes sobre a remuneração que oferecem pelos fundos recebidos e os elementos caracterizadores dos produtos oferecidos, bem como sobre o preço dos serviços prestados e outros encargos a suportar pelos clientes. Notemos que o BdP ainda regulamenta, por aviso, os requisitos mínimos que as instituições de crédito devem satisfazer na divulgação ao público das condições em que prestam os seus serviços, sendo disso exemplo o Aviso n.º 10/2008, ao estabelecer os deveres de informação e transparência a serem observados pelas instituições de crédito e sociedades financeiras na publicidade de produtos e serviços financeiros e fixa as dimensões mínimas dos caracteres a usar na publicidade a produtos e serviços financeiros através de diferentes meios de difusão, e o Aviso n.º 08/2009, que vem tecer os requisitos mínimos de informação que devem ser satisfeitos na

divulgação das condições gerais com efeitos patrimoniais dos produtos e serviços financeiros disponibilizados ao público pelas instituições de crédito e sociedades financeiras com sede ou sucursal em território nacional. Em particular, interessa-nos ingressar cirurgicamente no que vai no número 2, do artigo 77.º do RGICSFSF, que se debruça concretamente sobre os contratos de crédito ao consumo: *«no âmbito da concessão de crédito ao consumo, as instituições autorizadas a conceder crédito prestam ao cliente, antes da celebração do contrato de crédito, as informações adequadas, em papel ou noutro suporte duradouro, sobre as condições e o custo total do crédito, as suas obrigações e os riscos associados à falta de pagamento, bem como asseguram que as empresas que intermedeiam a concessão do crédito prestam aquelas informações nos mesmos termos»*. Com efeito, o preâmbulo do RGICSFSF salienta a preocupação de fazer ancorar a actuação das instituições de crédito e outras empresas financeiras em princípios de ética profissional e em normas de protecção eficazes do ponto de vista do «consumidor» de serviços financeiros não apenas mediante a consagração expressa de deveres gerais de conduta, mas dum incentivo que se pretende dar à elaboração de códigos deontológicos de conduta pelas associações representativas das entidades interessadas (artigo 77.º, números 2 a 4), ombreando a orientação que reflectida já no CVM, com o que produz um alargamento às restantes actividades desenvolvidas pelas instituições de crédito e demais empresas financeiras.

Ora, retomando o enlace do DL n.º 133/09, de 02 de Junho, em jeito de conjugação de regimes, topamos com uma definição e densificação das informações sobreditas *«adequadas»*, achando-se exaustivamente discriminado o elenco de informações a prestar, desde o crédito, ao credor, em 19 completas alíneas, o que revela a larga amplitude do dever de informação pré-contratual, que francamente extravasa o regime depositado na Lei da Defesa do Consumidor. Com o fito de reforço da tutela informativa, o legislador veio

ainda aditar um crivo de segunda instância, entalhado nas menções especiais do número 3, do artigo 12.º, destacando-se a menção relativa ao direito de livre resolução, que deve especificar o prazo e o procedimento previsto para o seu exercício. Esta válvula traduz uma inovação, de carácter paternalista, ao pregresso DL n.º 359/91, que aludia tão-somente ao «*período de reflexão*». De bitola análoga, o regime do DL n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro forma um paralelismo com esta configuração da «fortaleza informativa» alicerçada em menções obrigatórias, em especial, no seu artigo 4.º, dado que outrossim, no plano pré-contratual, prescreve que o fornecedor de bens ou prestador de serviços deve facultar-lhe, em tempo útil e de forma clara e compreensível, um florilégio de informações concentrada num total de 22 alíneas, do mesmo modo que esculpe a sua válvula de livre resolução no prazo de 14 dias após a celebração do contrato, mediante preenchimento de modelo próprio dirigido ao fornecedor de bens ou prestador de serviços.

Destarte, conforme se logra constatar a este ponto, o vasto espectro de regimes que se entrelaçam, adensa aquilo que ora designamos por «regime especial de informação ao consumidor», sobrelevando a tutela comum da confiança nas relações pré-contratuais ditados pela boa-fé, enquanto «pseudo-critério»⁶⁷, e indo além do último reduto dos contratos de adesão – o Regime das Cláusulas Contratuais Gerais, aprovado pelo DL n.º 446/85, de 25 de Outubro. Mas serão estes mecanismos pouco maturados e válvulas de salvamento, acima cotejadas, capazes de combater eficazmente a assimetria informativa e resgatar o

⁶⁷ OLIVEIRA ASCENSÃO, António. (2003). Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e o Novo C.Civil. Publicação da Faculdade de Direito de Lisboa, acedida em: 11-09-2017. <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-Oliveira-CLAUSULAS-CONTRATUAIS-GERAIS-CLAUSULAS-ABUSIVAS-E-O-NOVO-CODIGO-CIVIL.pdf>

consumidor, enquanto denominado «contraente débil», das garras dos esquemas de actuações dolosas arditosamente montados?⁶⁸

Do fenómeno da «industrialização» para o fenómeno da «consumerização», a sociedade de consumo passou a estar conotada com o risco – a «*sociedade de risco*» (Ulrich Beck) como dimensão ultra-individual, como parâmetro colectivo que supera o paradigma do consumidor individual e que carece de uma arquitectura de defesa sob o signo duma função social, multidimensional, estribada numa pluralidade de instrumentos normativos. Instrumentos esses capazes de alancear todos os domínios de protecção, de forma articulada e dotada de fluidez suficientemente compreensiva dos desafios que a proliferação de produtos financeiros e de entidades legitimadas, como sendo os mediadores deslocalizados e «despersonalizados», i.e., desintegrados da estrutura da pessoa colectiva que efectivamente presta o serviço, funcionando apenas como elo angariador que vem criar maior distanciamento relativamente ao consumidor.

O cumprimento das prestações impostas pelos artigos 5.º e 6.º da LCCG – cuja prova onera o predisponente – convoca deveres pré-contratuais de comunicação das cláusulas (a inserir no negócio) e de informação (prestação de todos os esclarecimentos que possibilitem ao aderente conhecer o significado e as implicações dessas cláusulas), enquanto meios que radicam no princípio da autonomia privada, cujo exercício efectivo pressupõe que se encontre bem formada a vontade do aderente ao contrato e, para tanto, que este tenha um antecipado e cabal conhecimento das cláusulas a que se vai vincular, sob pena de não ser autêntica a sua aceitação. Por isso, esse cumprimento deve ser assumido na fase de negociação e feito com antecedência necessária ao

⁶⁸ Vide casos dos lesados do BPN e, mais recentemente, dos lesados do GES, sem olvidar os múltiplos casos de mediação de seguros fraudulenta ou meramente dolosa que a jurisprudência compendia, como exemplos extremos da exploração da posição menos informada e negocialmente mais fraca do consumidor.

conhecimento completo e efectivo do aderente, tendo em conta as circunstâncias (objectivas e subjectivas) presentes na negociação e na conclusão do contrato – a importância deste, a extensão e a complexidade (maior ou menor) das cláusulas e o nível de instrução ou conhecimento daquele –, para que o mesmo, usando da diligência própria do cidadão médio ou comum, as possa analisar e, assim, aceder ao seu conhecimento completo e efectivo, para além de poder pedir algum esclarecimento ou sugerir qualquer alteração. Eco desse regime prefigura no DL n.º 133/2009, de 02 de Junho, em que se estabelece uma lista exaustiva e completa quanto às informações a prestar, desde o crédito ao credor, pois que o princípio ínsito à Directiva 2008/48/CE ordena que o consumidor deva ser *«exaustivamente informado antes da celebração do contrato de crédito, independentemente de haver ou não um intermediário envolvido na comercialização do crédito»*, sendo certo que a regra probatória resulta do artigo 11.º desse diploma: onera-se o credor (e o mediador) com a demonstração de que cumpriu todos os deveres consagrados na norma. Partilhamos, neste particular, do entendimento postulado pelo Professor Gravato Morais quando assevera que essa regra de maior protecção deverá perpassar, *«...atenta a sua razão de ser, todas as normas que reflectem a necessidade de um dever de informação pelo credor...»*⁶⁹ (cfr. artigos 8.º, 12.º, 14.º, 15.º e 23.º, em especial).

É certo que as exigências especiais da promoção do efectivo conhecimento das cláusulas contratuais gerais e da sua precedente comunicação, que oneram o predisponente, têm como contrapartida, também por imposição do princípio da boa-fé, o aludido dever de diligência média por banda do aderente e destinatário da informação – com intensidade e grau dependentes da

⁶⁹ GRAVATO MORAIS, Fernando de. (2009). Crédito aos Consumidores – Anotação ao Decreto-Lei n.º 133/2009. Almedina: Coimbra.

importância do contrato, da extensão e da complexidade (maior ou menor) das cláusulas e do nível de instrução ou conhecimento daquele –, de quem se espera um comportamento leal e correcto, nomeadamente pedindo esclarecimentos, depois de materializado que seja o seu efectivo conhecimento e informação sobre o conteúdo de tais cláusulas. Porém, essa constatação, em caso algum, poderá levar a admitir que o predisponente fique eximido dos deveres que o oneram, ou a conceber como legítimas uma sua completa passividade na promoção do efectivo conhecimento das cláusulas contratuais gerais e, sobretudo, uma ausência de comunicação destas ao aderente com a antecedência necessária ao conhecimento completo e efectivo, até para que o mesmo possa exercitar aquele seu dever de diligência, nos apontados termos. Uma tal concepção conduziria à inversão não consentida da hierarquia legalmente estatuída entre os deveres do predisponente e do aderente.

Apenas no circunstancialismo da subscrição ou outorga do contrato são frequentemente dadas a conhecer ao aderente as cláusulas contratuais mais especiosas. As mais das vezes, a conclusão derradeira é a de que o mesmo não teria, para o efeito, de desenvolver mais do que uma diligência comum, cabendo ao proponente propiciar-lhe o antecipado e efectivo conhecimento daquelas cláusulas. Por outro lado, o dever de atempada comunicação, face à sua identificada *ratio*, também não fica preenchido com as declarações constantes na escritura de que, no dia da sua celebração, esta foi lida aos outorgantes e feita a explicação do seu conteúdo, questão cuja pertinência mais se realça atentando na significativa complexidade do clausulado comum alusivo à «*renúncia ao benefício da excussão prévia*» e à sua elevada repercussão (importância) para o consumidor, para quem aquela é uma expressão de alcance jurídico dificilmente inteligível. O «*factum proprium*», usualmente invocado pelo banco, virtualmente apto a violar a boa-fé ou a confiança e a constituir o exercício abusivo do direito pelo consumidor pressuporia, enquanto

facto voluntário, a ciência e a vontade dessa violação. Ora, não se provando que o proponente teria propiciado ao consumidor o efectivo conhecimento de determinada cláusula, configura incumprimento dos deveres de comunicação e de informação que sobre lhe impendiam, não podem ser avocados os (inverificados) pressupostos cognitivos da liberdade de contratar por parte da embargante, que integrariam, simultaneamente, o elemento subjectivo da putativa violação da confiança. Por consequência, não podendo ser subjectivamente imputado ao consumidor-aderente o alegado comportamento anterior, ou a referida conduta voluntária, fica, desde logo, arredada a invocada violação da expectativa ou confiança supostamente gerada na recorrente.

B. As armas do Consumidor e Mecanismos de Controlo na Tutela do Contraente Débil

Um controlo eficaz terá de actuar em três vertentes: pela consagração de medidas destinadas a obter, em cada contrato que se venha a concluir, um efectivo e real acordo sobre todos os aspectos da regulamentação contratual; pela proibição de cláusulas abusivas; e pela atribuição de legitimidade processual activa a certas instituições (como o Ministério Público) ou organizações (como as associações de defesa do consumidor) para desencadearem um controlo preventivo (que além de permitir superar a habitual inércia do aderente se mostra bem mais adequado à generalidade e indeterminação que caracteriza este processo negocial), isto é, um controlo sobre as «condições gerais».

No domínio do direito do consumo, conforma supra se expendeu, congregam-se interesses colectivos, pelo que os ilícitos podem atingir um número significativo de consumidores causando-lhe danos, ao que se erguem duas armas possíveis: as acções popular e colectiva. A acção popular no direito português difere das *class actions* no direito norte-americano, porquanto a sua

legitimidade não se limita a um membro ou vários membros de uma classe poderem instaurar uma acção que produzirá efeitos em relação a todos, mas surge também prevista relativamente a associações de defesa do consumidor. Com efeito, não são usuais acções populares instauradas por cidadãos individuais, tendo este meio processual sido utilizado sobretudo pelas associações de defesa do consumidor.

Na verdade, conforme refere, e bem, Adelaide Menezes Leitão, «*as acções populares não configuram um meio processual, mas um problema de legitimidade*»⁷⁰. A maioria destas acções é instaurada por associações de defesa do consumidor e tendem a ser substituídas pelas acções inibitórias sobretudo nas áreas das cláusulas contratuais inválidas. Porém, estas acções inibitórias uma vez que instauradas por associações de defesas de consumidor tomam a forma de acções populares inibitórias. *Summo rigore*, quadro legislativo da acção popular encontra-se previsto na Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto, na qual a protecção do consumo de bens e serviços é um dos interesses protegidos (art. 1.º/2), sendo titulares do direito de acção popular os cidadãos individuais e as associações e fundações defensoras do consumo de bens e serviços (art. 2.º/1), estando a legitimidade activa das associações e fundações dependente de personalidade jurídica, de que conste nos seus estatutos a defesa do interesse assinalado e não exercerem concorrência com empresas ou profissionais liberais (art. 3.º/1). O art. 12.º/2 da Lei antes referida dispõe que a acção popular pode revestir qualquer das formas previstas no Código de Processo Civil. Abrangem-se, assim, acções declarativas e executivas, bem como as providências cautelares.

Também o mediador de crédito desempenha um papel fulcral na assistência ao consumidor: o Decreto-Lei n.º 144/2009, de 17 de Junho, introduziu no

⁷⁰ MENEZES LEITÃO, Adelaide. (2011). Publicidade e Tutela do Consumidor. In: Estudos em memória do Professor Doutor J. L. Saldanha Sanches / org. Paulo Otero, Fernando Araújo, João Taborda da Gama. Coimbra. Coimbra Editora. Vol. II. Pp. 9-27.

ordenamento jurídico português a figura do Mediador do Crédito, cuja actividade visa a defesa e a promoção dos direitos, garantias e interesses legítimos de quaisquer pessoas ou entidades em relações de crédito, designadamente no domínio do crédito à habitação, com vista a contribuir para melhorar o acesso ao crédito junto do sistema financeiro. Com a mediação pretende-se fomentar a comunicação entre as partes, no sentido de se conseguir uma alternativa viável na resolução de litígios nas relações de crédito, quando se tenham esgotado todas as hipóteses de entendimento entre os clientes bancários e as instituições de crédito.

Acresce, por fim, a dimensão internacional de protecção do direito do consumidor como bastião do núcleo de protecção mínima dos consumidores, porquanto uma ordem de limitações imposta aos contratos de consumo radica precisamente na escolha da lei pelas partes, conforme decorre do artigo 23.º da RCCG. Aí se consagra uma norma de conflitos que visa dar primazia à RCCG, sempre que o contrato celebrado por adesão apresente conexão estreita com o território português, malgrado a lei escolhida pelas partes⁷¹.

No que tange aos meios de resolução de litígios, se subsistir um conflito que envolva uma instituição que comercializa produtos e serviços bancários, como crédito à habitação e outros créditos hipotecários, crédito aos consumidores, serviços mínimos bancários, contas e serviços de pagamento e emissão de moeda electrónica, o consumidor pode recorrer a uma entidade de resolução alternativa de litígios, em vez de se dirigir ao tribunal, poupando elevados montantes em taxas de justiça. Contudo, há que consultar a informação sobre as entidades de resolução alternativa de litígios a que a

⁷¹ MOURA VICENTE, Dário. (2005). Lei Reguladora dos Contratos de Consumo». In: Estudos do Instituto de Direito do Consumo. Instituto de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Almedina. Coimbra. Vol.II.

instituição em causa aderiu e às quais se pode dirigir⁷², porquanto a arbitragem não é necessária, não estando as IC obrigadas a dirimir pelos meios alternativos os litígios, a menos que tenha aderido plenamente ou parcialmente, relativamente a um número limitado de matérias. Também os meios RALC têm exibido resultados assaz positivos na resolução de litígios de consumo, num período substancialmente mais curto do que os tribunais judiciais e julgados de paz, que começam a acusar sinais de paralisação em razão do congestionamento que decorre da falta de meios humanos, insuficiência de número de julgados para os grandes concelhos e do alargamento das competências.

Tratando-se de um consumidor residente noutro Estado-Membro, poderá apresentar a sua reclamação através do Centro Europeu do Consumidor, acedendo ao sítio electrónico onde dispõe do formulário electrónico para o efeito⁷³, como resposta aos desafios da avolumada dimensão do Mercado Interno Digital da UE, firmada pelo Regulamento (EU) 524/2013, de 21 de Maio, cuja aplicação efectiva nos Estados-Membros teve início no dia 15 de Janeiro de 2016.

C. Práticas Abusivas a Coberto do Manto do Mandato Bancário

A relação bancária – relação do Banco com o seu cliente – iniciando-se, normalmente, com a celebração de um contrato de abertura de conta, intensifica-se ao longo do tempo,volvendo-se numa relação contínua que, podendo ser preenchida com os mais diversos negócios, mantém, todavia, uma certa unidade, configurando-se, assim, como uma relação contratual duradoura.

Essa especial relação complexa, de confiança mútua e dominada pelo *intuitus personae*, impõe à instituição financeira padrões profissionais e éticos elevados,

⁷² <https://cliente.bancario.bportugalineapt/pt-pt/resolucao-litigios-instituicoes>

⁷³ <https://cec.consumidor.pt/topicos1/resolucao-de-conflitos-/resolucao-de-litigios-em-linha.aspx>

traduzidos em deveres de protecção dos legítimos interesses do cliente, em consonância com os ditames da boa-fé: dever de diligência e cuidado, deveres de alerta, aviso, advertência e prevenção para certos riscos e sua repartição, deveres de informação, deveres de discrição, sigilo ou segredo profissional, cuja inobservância ou violação poderá pôr em causa a *uberrima fides* do cliente e o *intuitus personae* da relação e originar a responsabilidade da instituição financeira imprudente ou não diligente. Realidade ontológica e normativa diversa, que prescinde da culpa, é aquela que se prende com o aproveitamento do clima generalizado de confiança e segurança nas relações entre os bancos e seus clientes.

Apesar de os nossos tribunais lhe atribuírem mingudadíssima relevância, o DL n.º 57/2008, de 26 de Março, que aprovou o Regime das Práticas Comerciais Desleais ensaia casos que formigam na história das relações banco/consumidor, sendo o caso mais paradigmático o de influência indevida na intermediação financeira e na concessão de crédito ao consumo. De sorte que cumpre escrutinar o *modus operandi* dos funcionários das instituições de crédito, na (eventual) apresentação ou bombardeamento dos produtos financeiros e crédito «fácil» aos consumidores.

De notar que se esgalha aqui a silhueta das situações em que o consumidor-aderente nunca teve real e efectivo interesse em rentabilizar rapidamente ou com uma grande taxa, as suas poupanças ou de obter determinado crédito para financiar projectos quem nem sonhara ter antes da abordagem do intermediário de crédito ou funcionário da IC. Posto isto, aquilatemos: em linhas gerais, há *dolus bonus*, sendo irrelevante, quando o deceptor recorre a artifícios ou sugestões usuais, consideradas legítimas, segundo as concepções dominantes no comércio jurídico (art. 253.º/2 do C.Civil), Todavia, esse comportamento não parece ser de admitir no seio das relações com contraentes-consumidores, atento o disposto no artigo 4.º da Lei de Defesa do Consumidor. O artigo 5.º do

DL n.º 57/2008, de 26 de Março define os critérios para determinar se uma prática comercial é desleal, estatuidando o seu número 1 que: *«É desleal qualquer prática comercial desconforme à diligência profissional, que distorça ou seja susceptível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor seu destinatário ou que afecte este relativamente a certo bem ou serviço»*, segundo a bitola do consumidor médio (art. 5.º/2). Em complemento ao n.º 2, do artigo 5.º, a alínea a), do artigo 6.º determina que *«As práticas comerciais susceptíveis de distorcer substancialmente o comportamento económico de um único grupo, claramente identificável, de consumidores particularmente vulneráveis, em razão da sua doença mental ou física, idade ou credulidade, à prática comercial ou ao bem ou serviço subjacentes, se o profissional pudesse razoavelmente ter previsto que a sua conduta era susceptível de provocar essa distorção»*.

Destarte, conclui-se que a aplicação da cláusula geral deste regime depende da verificação de quatro pressupostos, que aqui topamos como preenchidos: (i) tratar-se de uma relação jurídica de consumo; (ii) existir uma prática comercial; (iii) a prática comercial ser desconforme com a diligência profissional; e (iv) a prática comercial distorcer o comportamento económico do consumidor. Ora, se o sujeito abordado pelo intermediário ou funcionário da IC for um verdadeiro consumidor [art. 3.º/a)], sendo aquele que intervém ou aborda, indiscutivelmente, um profissional [art. 3.º, al b)], logo aí, cura-se de uma relação jurídica de consumo. Assim, terá existido uma prática comercial levada a efeito pelo profissional desconforme com a (especial) diligência profissional que lhe incumbia. [art. 3.º/h)] e a prática comercial distorceu, nitidamente, o comportamento económico do consumidor [art. 3.º/e)]. Eis os elementos de verificação da cláusula geral da prática comercial desleal que, após análise prévia, devem ser levadas à especialidade, senão que o artigo 6.º deste regime divide as práticas comerciais desleais em práticas comerciais enganosas e práticas comerciais agressivas. Neste particular, quando estamos ante uma IC,

sociedade financeiro ou intermediário de crédito que assalta o consumidor impingindo-lhe uma necessidade que não existia até aquele momento, não ressaltam dúvidas de maior sobre a configuração da prática comercial como tendo sido agressiva: *“É agressiva a prática comercial que, devido a assédio, coacção ou influência indevida, limite ou seja susceptível de limitar significativamente a liberdade de escolha ou o comportamento do consumidor em relação a um bem ou serviço e, por conseguinte, conduz ou é susceptível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transacção que não teria tomado de outro modo.»* (art. 11.º/1). Tal conceito pressupõe, por uma banda, a existência de assédio, coacção ou influência indevida por parte do profissional; por outra, a consequente limitação da liberdade do consumidor.

Esboçando a prática comercial enganosa, suponhamos agora o caso-limite (mas real) em que o consumidor, investidor não qualificado, contraente-consumidor, agiu sob influência do poder que, de facto, o gestor bancário do banco sobre ela exerceu, de modo a limitar significativamente a sua capacidade de tomar uma decisão esclarecida [art. 3.º/j)]; ou tomar sequer uma verdadeira decisão *tout court*. Saliente-se, neste ponto, que isto se constata independentemente do juízo de valor ou apreciação objectiva sobre a vantagem concreta daquele produto para aquele consumidor. Em concreto, são circunstâncias ponderosas – aquelas em que o gestor agiu – o momento (com o cliente acamado, com alterações neuropsicológicas), o local (à distância) e o aproveitamento consciente pelo gestor do infortúnio ou circunstância específica (a avançada idade e estado grave de saúde) que pela sua gravidade prejudicou a capacidade de decisão do consumidor, com o objectivo de influenciar a decisão desta em relação ao produto [art.11.º/2/ a) e c)]. Este caso configura a prática comercial como tendo sido enganosa: *«É enganosa a prática comercial que contenha informações falsas ou que, mesmo sendo factualmente correctas, por qualquer razão, nomeadamente a sua apresentação geral, induza ou seja susceptível de induzir em erro o consumidor em*

relação a um ou mais dos elementos a seguir enumerados e que, em ambos os casos, conduz ou é susceptível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transacção que este não teria tomado de outro modo» (art. 7.º/1). Isto, na medida em que as características principais do produto financeiro vertente, as suas vantagens, riscos, execução, composição, adequação ao fim a que se destinava, resultados e características substanciais, ou nunca foram transmitidas, ou, tendo sido, induziram o consumidor a tomar uma decisão de transacção que não teria tomado de outro modo [art. 7.º/1/b].

Moldes em que o contrato em causa padecia de invalidade, incorrendo o R. em responsabilidade civil por factos ilícitos, nos termos gerais (cfr. arts. 14.º e 15.º), estando ademais consubstanciando um ilícito contra-ordenacional, previsto e punido no artigo 21.º, e um crime de burla qualificada que vem estender o prazo prescricional, nos termos conjugados da alínea b), do artigo 118.º e alínea c), do número 2, do artigo 218.º do CP, *ex vi* número 3, do artigo 498.º do C.Civil.

A lei criou um (vil) critério de aferição na determinação do critério norteador do grau de diligência que se impõe ao consumidor: o consumidor médio (art. 5º, n.º 2) definido na Directiva, sendo este o consumidor razoavelmente bem informado, observador e circunspecto tomando em consideração os factores sócio culturais e linguísticos. Sucede que raramente topamos com consumidores razoavelmente bem informados, observadores e circunspectos. De resto, não é este o conceito paradigmático de consumidor no nosso ordenamento; consumidor médio, sim, mas aquele que, no contexto sociocultural que temos, observa e lê apressadamente, sem muito reflectir. Como diria Luís Silveira Rodrigues, também duvido mesmo que se encontre em qualquer país do

mundo um consumidor que reverta ao conceito plasmado na Directiva, isso mesmo é demonstrado pelas teorias da economia comportamental⁷⁴.

D. A Cegueira do Mecanismo Único de Resolução Bancária – Consequências para o Crédito ao Consumidor

Não obstante a aplicação de uma medida de resolução ao BES, certo é que era amplamente conhecido nos meandros da actividade bancária, o estado de fragilidade financeira e incerteza quanto à solvabilidade do BES e do seu Grupo empresarial. Aliás, foi ampla e exaustivamente noticiado, desde finais de que as contas de várias empresas do Grupo Espírito Santo teriam sido adulteradas, de modo a ocultar passivo. E a respectiva solvabilidade e relação com o próprio BES estava a ser escutinada pelo BdP, num exercício de supervisão intrusiva. Ora, se isto podia configurar uma realidade completamente desconhecida para os clientes bancários consumidores, os funcionários do BES e de outras IC que impingiram produtos do ESFG aos seus clientes, sabendo ou não podendo ignorar esta realidade, não deveriam ter proposto e convencido os clientes a investir todas as suas poupanças em produtos financeiros de risco. Sobretudo, porquanto, dado o momento dos investimentos, já era por demais conhecido, que o risco de solvabilidade da ESFG era elevadíssimo, o que demonstra a especial gravidade e culpa da conduta dos funcionários do BES. Ademais, imediatamente em Julho de 2014, começaram a surgir com maior intensidade notícias sobre a credibilidade do BES, acompanhadas de uma onda generalizada de pressão por parte dos vários gestores de conta sobre os clientes, aconselhando-os a manterem os investimentos, sob ameaça latente da perda de juros em caso de resgate antecipado.

⁷⁴ SILVEIRA RODRIGUES, Luís. (2014). Práticas Desleais na Perspectiva da Defesa do Consumidor. In: E-book do CEJ de Dezembro de 2014. Pp. 131-164.

Em 11 de Setembro de 2013, o BdP decidiu aprofundar a avaliação de um conjunto de grupos económicos cuja recuperabilidade da dívida e inerente análise de imparidade foi efetuada por via da geração de fluxos financeiros do negócio; ou seja, assentou num modelo de *cash-flow*. Esta avaliação determinada pelo próprio BdP veio a ser levada a cabo através do Exercício Transversal de Revisão da Imparidade da Carteira de Crédito – ETRICC 2. Conforme referido pelo BdP, neste exercício, 573 foram analisados os modelos económico-financeiros utilizados pelos bancos para avaliar a capacidade financeira de um conjunto seleccionado de grupos económicos (no caso do BES, o GES), com «*o objectivo de aferir a robustez e a adequação da informação de suporte e a razoabilidade dos principais pressupostos utilizados*». Em termos simples, o ETRICC 2 pretendeu saber se o GES teria capacidade de, dentro de um determinado período, gerar dinheiro para fazer face às responsabilidades assumidas. No caso concreto, o BdP decidiu conceder um período de 10 anos para o ramo não financeiro do GES (ESI, Rioforte, etc.) poder ser viável, mais precisamente de 2014 a 2023.

Em 3 de Julho de 2014, o BdP emite um comunicado público, no qual refere o seguinte: «*A situação de solvabilidade do BES é sólida, tendo sido significativamente reforçada com o recente aumento de capital*». Em 7 de Julho de 2014, o Senhor Governador do BdP envia uma carta à Senhora Ministra de Estado e das Finanças, na qual assegura que, mesmo em face do risco material de as medidas geradoras de liquidez previstas no plano de desalavancagem da ESI não permitirem o reembolso da dívida de entidades do ramo não financeiro do GES (na data de vencimento), o Grupo BES asseguraria o reembolso dos seus clientes não institucionais. Todavia, não se escusou de colocar em marcha um *ring fencing* absolutamente cego, que acabou por asfixiar em curto trecho temporal o ramo não financeiro do GES, apertando o cerco ao encurtar progressiva e drasticamente o período que, numa primeira instância, concedeu ao grupo. Curiosamente, nas palavras do Senhor Governador, em 17 de

Novembro de 2014, na Comissão Parlamentar de Inquérito sobre o GES/BES: há «o RISCO DE MATARMOS O ANIMAL COM A PROTEÇÃO DO ANIMAL»; temos que saber claramente que há um espaço, que é o espaço que tem que ser dado para o desenvolvimento da actividade financeira», o que o BdP acabou por fazer.

Acresce que a interpretação que o BdP fez do art.º 145-H, 1 do RGICSFSFSF, na redacção à data dos factos aplicável, é inconstitucional. Com a deliberação que aplicou a medida de resolução atou completamente à margem da lei (art.º 145-H do RGICSFSFSF e 87º e 123º do CIRC). Estando o BdP vinculado ao cumprimento das normas legais, de per si e por determinação constitucional, a medida de resolução que este aplicou ao Banco Espírito Santo, S.A., acolhe uma interpretação do art. 145-H do RGICSFSFSF, na redacção à data dos factos aplicável, inconstitucional por violação expressa do estatuído no art.º 102º da CRP. Em suma, resulta de tudo quanto exposto que a medida de resolução adoptada é ilegal por violação expressa dos artigos 10.º, n.º 1 do Aviso n.º 13/2012, do art. 145.º-H do RGICSFSFSF, na redacção aplicável à data da medida de resolução (03.08.2014), e dos artigos 78.º, 87.º e 123.º da CRP).

Neste particular, importa-nos aqui expender que o extenso grupo de consumidores lesados esteve sempre convencido de que fizera um investimento sem qualquer risco, equivalente a um depósito a prazo, de capital garantido – o designado «*mis-selling*». Sem embargo, abundam nos nossos arestos asserções como a de que «a afirmação de que um produto financeiro era de “capital garantido” não traduz omissão de qualquer informação relevante ou informação “não verdadeira”, sendo expressão corrente para explicar ao cliente, sem especiais conhecimentos, que se tratava de um produto seguro e os riscos, na prática, não divergiam em muito dos riscos dum depósito a prazo» (Ac. do TRL, de 28-04-2016, Proc. N.º 428-12.3TCFUN.L1-6).

Urdido o enquadramento, passemos a um ponto nevrálgico que nos importa esquadriñar: a declaração de insolvência do devedor BES retirou o interesse e utilidade no prosseguimento de acções declarativas instauradas contra aquele, com vista ao reconhecimento de eventuais direitos de crédito dos Autores impondo-se a estes a respectiva reclamação no processo de insolvência, por aplicação directa do AUJ 1/2014, de 8 de Maio de 2013. Se bem que um banco de transição deva ser considerado como sucessor nos direitos e obrigações da IC originária, no caso de os mesmos não terem sido excluídos da transferência deste para aquele, por Deliberação do BdP, a não transferência assim operada por via das deliberações tomadas, conduziu à ilegitimidade substantiva do Réu Novo Banco, porque se considera que, desta guisa, não impende sobre si qualquer obrigação de ressarcimento dos Autores dos créditos provenientes da subscrição do papel comercial havida com o BES.

Assim, revogada a autorização para o exercício da actividade bancária e entrando a IC em liquidação, ficaram as acções declarativas em que foi pedida a condenação da mesma a pagar uma indemnização para ressarcimento de danos sofridos, com fundamento na violação de obrigações contratuais e legais, impossibilitada de alcançar o seu efeito útil normal, cumprindo decretar a extinção da instância quanto à referida demandada por inutilidade superveniente da lide. Desta feita, pergunta-se: qual será o destino dos alegados créditos que o banco resolvido tinha sobre os consumidores mas que apenas o banco de transição ora veio executar? Que dizer dos créditos do consumidor sobre o banco resolvido que se consolidaram em momento posterior à resolução?

Com efeito, o BdP determinou a transferência, parcial ou total, de activos, passivos, elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão de uma IC para um ou mais bancos de transição, com o objectivo de permitir a sua posterior alienação a outra instituição autorizada a desenvolver a actividade em

causa (art.º 145º-G, n.º 1 do RGICSFSFSF, na redacção conferida pela Lei n.º 16/2015, de 24.02). Dispondo o BdP do poder de determinar transferências adicionais de activos e passivos entre o Novo Banco e o BES (o designado “*Poder de Retransmissão*”), na clarificação operada pela Deliberação do BdP de 29.12.2015 sobre Contingências, foi aduzido como fundamento para a clarificação e para o exercício do Poder de Retransmissão, designadamente: «7. *O Banco de Portugal considerou ser proporcional e de interesse público não transferir para o banco de transição as responsabilidades contingentes ou desconhecidas do BES (incluindo responsabilidades litigiosas relativas ao contencioso pendente e responsabilidades ou contingências decorrentes de fraude ou da violação de disposições ou determinações regulatórias, penais ou contra-ordenacionais), independentemente de se encontrarem ou não registadas na contabilidade do BES nos termos da subalínea (v) a (vii) da alínea (b) do n.º 1 do Anexo 2 da Deliberação de 3 de agosto, uma vez que a certeza relativamente às responsabilidades do banco de transição é essencial para garantir a continuidade das funções críticas desempenhadas pelo Novo Banco e que anteriormente tinham sido desempenhadas pelo BES. (...).Decisões de tribunais que, directa ou indirectamente, ponham em causa o perímetro de transferência neutralizam este mecanismo contencioso (e compensatório), legalmente previsto, de impugnação das decisões do Banco de Portugal, enquanto autoridade pública de resolução, e comprometem a execução e eficácia da medida de resolução».*

Malgrado a apreciação da *mui* duvidosa constitucionalidade dos actos administrativos em que se inscrevem as deliberações do BdP, duas conclusões, ancoradas em duas bitolas distintas, se podem extrair do exposto: por um lado, transferem-se para o banco de transição todos os créditos já constituídos ou por constituir reportados a factos tributários anteriores a 3 de Agosto de 2014, independentemente de estarem ou não inscritos na contabilidade do BES (ponto 10. da deliberação de 29-12-2015). Por outro, ficou firmado que qualquer dívida/responsabilidade que se traduza num passivo desconhecido por não

consolidado ou constituído, não se considera transferido do BES para o Novo Banco. Quer isto significar que o Novo Banco pode lançar mão dos títulos executivos em que figurava o BES, mas que, em paralelo, os consumidores que tinham um crédito sobre o BES mas cuja condenação apenas se tornou definitiva em data posterior a Dezembro de 2014, perderam o efeito da força executiva da sentença transitada em julgado contra o Novo Banco, quedando essa força confinada ao perímetro da futura liquidação.

Ressalve-se, porém, que o artigo 53.^o do CPC postula que a legitimidade das partes se determina, na acção executiva, em regra, no confronto entre as partes e o título executivo, tendo legitimidade como exequente e executado quem no título figure, respectivamente, como credor e como devedor. Tendo havido sucessão no direito ou na obrigação, deve a execução correr entre os sucessores das pessoas que no título figuram como credor ou devedor da obrigação exequenda, todavia, no próprio requerimento para a execução o exequente tem de deduzir os factos constitutivos da sucessão. Ora, se a sucessão na titularidade do direito se tiver verificado antes da propositura da acção executiva, não é suficiente que o exequente invoque, no requerimento inicial da execução, os factos constitutivos da sucessão: o exequente não está dispensado de, liminarmente, provar, como outrora tinha de fazer no incidente de habilitação previsto no CPC de 1939, os factos constitutivos da sucessão que alega no requerimento executivo. Somos da opinião de que, enquanto não estiverem estabelecidos os factos constitutivos da sucessão invocados no requerimento executivo, o juiz não pode, quando haja lugar a despacho liminar, ou em sede de embargos, proferir o despacho de citação nem condenar o consumidor, não só quando não forem alegados os factos em que a sucessão se funda, mas também quando não for demonstrada a sucessão concreta (da titularidade dos créditos em causa) e oferecida a respectiva prova documental bastante.

Capítulo IV: Dos Meandros do Contrato Bancário ao *Ius Variandi*

– A Caminho de um Modelo Correctivo –

A. Da Inauguração da Relação Geral Bancária: o Contrato-Quadro de Abertura de Conta Bancária e os Efeitos da Coligação

O contrato bancário que firma e regula toda a actividade jurídica ulterior é o contrato de abertura de conta bancária, ao abrigo do qual o cliente e o banco podem estabelecer uma miríade de relações contratuais posteriores. Com efeito, o contrato de abertura de conta representa o eixo fundamental do comércio bancário, que disciplina e baliza a respectiva relação jurídica bancária. Esta relação que se pauta por uma tendência para o prolongamento natural no tempo é a base dos contratos de depósito, cheque, emissão de cartões bancários, mútuo bancário, crédito ao consumo, etc., daí que a doutrina inglesa o denomine por “general”, e é a esta luz que se compreende a sua qualificação como contrato-quadro⁷⁵. Tal como sufraga Maria Raquel Rei, o contrato-quadro consiste numa técnica contratual capaz de aliar a unidade do contrato duradouro e de execução sucessiva ao aglomerado de contratos autónomos. Em virtude da sua plasticidade, enquanto categoria geral⁷⁶, passível de imprimir indícios com diferentes nuances na estrutura de contratos distintos, sob diversas configurações, a figura do contrato-quadro reveste-se de uma elasticidade capaz de intensidades variáveis conforme o modelo concreto de contrato em que reentra.

O contrato-quadro é, antes de mais, um verdadeiro contrato, um contrato de contratos, uma vez regerá outros contratos dele decorrentes (contratos de aplicação ou de execução), na estrita medida em que compreende um conjunto

⁷⁵ REI, Maria Raquel. (1997). Do Contrato-Quadro. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

⁷⁶ GUIMARÃES, Maria Raquel. (2011). O contrato-quadro no âmbito da utilização de meios de pagamento electrónicos. Coimbra Editora: Coimbra.

de obrigações que se impõem às partes. Sendo certo que a figura em apreço se pauta essencialmente pela abertura, que radica na necessária indefinição no que tange ao conteúdo dos contratos de execução futuros, e na perspectiva de criar tão-somente uma base para o negócio em curso entre as partes, o contrato-quadro cria uma margem de liberdade que permite beneficiar a continuidade das relações principiadas. Por outro lado, atendendo a que a manutenção de um contrato no tempo acarreta o risco de inconstância⁷⁷ e insegurança, por força de surpresas e modificações decorrentes da volatilidade de mercado⁷⁸, um contrato base que supere essa inconstância de uma cadência de contratos sucessivos e independentes, encontra-se, nitidamente, vocacionado para a longevidade contratual, arvorando-se num sistema dual, isto é, faseado: numa primeira fase, fixa-se a moldura dos direitos e obrigações que a relação obrigacional implica para o futuro, e na segunda, projecta-se para momento oportuno os acordos subsequentes que se concretizarão em função das necessidades económicas ocasionais. Esta prática é denominada, pela Doutrina, como «contratação por camadas», revelando-se útil e adequada ao processo dinâmico em que se traduzem as operações de negócios⁷⁹.

O contrato-quadro vem, pois, desempenhar um papel programático – adstringindo as partes a um conjunto de direitos e deveres⁸⁰ principais,

⁷⁷ Em boa verdade, Ian Macneil tem razão quando se refere ao leque limitado de soluções que o direito neoclássico dos contratos oferece em face de alterações de circunstâncias. O que acontece, via de regra, é que essas soluções visam apenas recolher os bocados dos contratos quebrados e distribuí-los, pelas partes, numa base equitativas.

⁷⁸ Nomeadamente, a flutuação dos preços em função das variações das taxas de câmbio, oscilações no preço do barril, no caso do petróleo, os custos tecnológicos, etc.

⁷⁹ Não dispondo as partes da totalidade da informação necessária no momento da celebração do contrato, em razão da aludida instabilidade no plano socioeconómico, segundo Ian Macneil, restam dois cenários possíveis: ou o contrato apresenta capacidade de adaptação, ou acaba por quebrar sob a pressão da mudança.

⁸⁰ Este fenómeno verifica-se, *ab initio*, no contrato de franquia, que estabelece um núcleo de deveres e obrigações, bem como pode incluir uma cláusula que obriga o franquiado à celebração de contratos subsequentes (com o franquiador ou terceiros).

secundários e laterais, expectativas, ónus, deveres de informação e obrigações que nascem imediatamente da relação base –, com vista a aplicar-se continuamente, mediante os sucessivos contratos de execução, que mantêm com o contrato-quadro uma relação de dependência genética e funcional.

Ademais, o contrato-quadro não se reduz a um mero acordo de modo *contrahendi*, consagrando um regime que se destina a vigorar imediatamente, preparando o programa futuro à medida da necessidade. Daí que contratos como o da distribuição comercial, a franquia, a concessão comercial e o contrato de *swap* beneficiem deste modelo normativo, garantindo-se a previsão de cláusulas de adaptação do conteúdo contratual a que as partes possam lançar mão. Tal como sufraga Maria Raquel Rei, o contrato-quadro consiste numa técnica contratual capaz de aliar a unidade do contrato duradouro e de execução sucessiva ao aglomerado de contratos autónomos. Aprofundando um pouco esta matéria no âmbito dos contratos de *swap*, dir-se-á que a utilização de um tipo de contrato – o *master agreement* – que faz apelo à noção de contrato-quadro resultou do facto de os principais bancos intervenientes no mercado dos *swaps* se terem apercebido de que grande parte dos contratos era celebrada entre as mesmas partes, normalmente um banco e uma empresa sua cliente. Daí que se tornasse conveniente, para estas, a definição de um regime jurídico geral para as sucessivas transacções acordadas, impondo-se, por conseguinte, a utilização de uma técnica de documentação global adaptada à necessidade de maior simplicidade e rapidez das negociações.

Este contrato é inominado, em razão de a lei não o reconhecer como categoria jurídica e por força de não se encontrar disciplina jurídica em nenhum preceito legal; socialmente típico, porquanto constitui um modelo de contrato que existe na prática da contratação, nos usos e costumes do tráfego jurídico em que é celebrado, ao abrigo do princípio da autonomia privada; de execução continuada ou duradoura, visto que a prestação principal é típica do

contrato carece de uma execução continuada, o que implica que o contrato possa ser sujeito a denúncia *ad nutum* quando não o prazo não tenha sido fixado; não formal dado que a lei não exige a observância de forma escrita, bastando tão-somente o consenso das partes para a sua celebração; gratuito ou oneroso consoante as particularidade que enformam o caso concreto; obrigacional, porquanto adstringe o banco à obrigação de prestar serviços bancários; comutativo, uma vez que as atribuições patrimoniais de ambas as partes se apresentam certas e não aleatórias; e acessório do contrato-quadro de abertura de conta que une as partes. É imperativo que se estabeleça uma relação interbancária prévia que viabilize e regule os serviços que o banco presta ao seu cliente, isto é, que erija a relação de clientela e institua a denominada relação bancária geral.

Por tudo isto, diremos que se pode reconduzir o contrato-quadro ao contrato de prestação de serviços na sua modalidade de mandato, já que configura um negócio jurídico em que uma das partes, o banco, se obriga a praticar uma série de actos jurídicos por conta do cliente, agindo de acordo com as indicações e instruções deste, pelo que estamos perante um mandato especial⁸¹, porquanto que se pauta pela determinação do tipo das operações gestórias programadas.

Acresce que existirá uma coligação, pelo menos uma coligação genética, entre o contrato de abertura de conta e o contrato de crédito, uma vez que um nasce por influência ou sobre a base do outro. Isto é, uma unidade que resulta das conexões jurídicas relevantes que se estabelecem entre estes dois negócios estruturalmente autónomos. Existe, indubitavelmente, um programa económico unitário. Mais importante que a qualificação jurídica desta coligação, é a determinação do conjunto de manifestações jurídica da coligação, isto é, das modalidades de repercussão das vicissitudes de um negócio no outro com o

⁸¹ DA COSTA GOMES, Manuel Januário (2012). *Contrato de Mandato*. 2.ª Reimpressão da edição de 1990. AAFDL. Lisboa. Pp. 52-54.

qual aquele se acha ligado, uma procedência do corolário *simul stabunt, simul cadent*, ou seja, se há coligação entre os contratos em causa, então, no caso de invalidade, resolução ou qualquer outra forma de cessação dos efeitos negociais de um dos actos repercutir-se-á necessariamente sobre o outro; o diagnóstico da fraude à lei deve fazer-se tendo em mira o complexo de contratos coligados, até porque o meio por excelência utilizado para obtenção do resultado fraudatório pode ser a decomposição dos vários contratos autónomos em causa. Repare-se que em diversas áreas contratuais a utilização de diversos contratos pretensamente autónomos vem sendo utilizado como expediente utilizado por uma das partes para distribuir os riscos contratuais, sendo a outra parte normalmente o consumidor, prejudicada por essa compartimentação. Daí que se estude, em sede de coligação contratual, a hipótese de, e sempre no interesse do consumidor, um dos contratos poder ser resolvido ou não cumprido se o outro for declarado nulo ou anulado, ou resolvido.

Na coligação existe uma pluralidade de contratos, ligados entre si por um nexo funcional, de tal modo que constituem uma unidade económica, embora cada um mantenha a sua individualidade própria. Mas dada a dependência recíproca ou unilateral, ambos os contratos se completam na obtenção da finalidade económica comum, e uma subordinação que implica que as vicissitudes de um se repercutam no outro. O fenómeno da coligação negocial, perspectivado inicialmente segundo uma concepção atomística, ao pressupor uma pluralidade jurídica, com uma unidade económica funcional, autonomizando estruturalmente cada um dos contratos, produtores dos seus próprios efeitos, significa, além do mais, que todas as normas e institutos dirigidos directa ou indirectamente ao conteúdo “económico” do contrato – à avaliação económica das cláusulas, prestações ou obrigações, à avaliação económica do próprio contrato ou dos singulares contratos que compõem o complexo, à correlação económica de forças, aos equilíbrios e

desequilíbrios económicos gerados em conclusão do contrato e no desenvolvimento da execução contratual, à própria utilidade ou inutilidade económica de sobrevivência autónoma de contratos singulares pertencentes ao complexo, etc. – devem ser objecto de uma aplicação unitária, embora não de forma mecânica, mas flexível.

Os contratos coligados – *in casu*, o contrato-quadro de abertura de conta e o contrato de abertura de crédito – são queridos pelos contratantes como um todo. Um depende do outro de tal modo que cada qual, isoladamente, seria desinteressante, mas não se fundem. Conservam a individualidade própria, por isso se distinguindo dos contratos mistos. Distingue a doutrina três espécies de união de contratos: união extrínseca; união alternativa; e união com dependência. Na união extrínseca, o único factor de ligação reside na circunstância de se celebrarem na mesma ocasião, constando por exemplo do mesmo escrito. Na união com dependência, há entre os contratos um vínculo traduzido no facto de a validade e vigência de um contrato depender da validade vigência do outro. Na união alternativa, são celebrados dois contratos, em termos tais que, conforme ocorra ou não certo evento, assim se considerará celebrado apenas um deles. Estamos, pois, perante a união com dependência.

A dependência pode ser recíproca ou unilateral, sendo certo que neste domínio será tomada como unilateral. Na primeira forma, dois contratos completos, embora autónomos, condicionam-se reciprocamente, na sua existência e validade. Cada qual é a causa do outro, formando uma unidade económica. Enfim, a intenção das partes é que um não exista sem o outro, isto é, não pode o contrato de abertura de crédito existir sem o contrato de abertura de conta, do mesmo modo que o contrato de abertura de crédito pode surgir coligado ao contrato de compra e venda, reproduzindo-se as repercussões *supra* expostas, mas, neste caso, mais bem explicitadas no regime de Contratos de Crédito a

Consumidores, aprovado pelo DL n.º 133/2009, de 02 de Junho: beneficiando o consumidor de direito de arrependimento nos termos da legislação sobre crédito ao consumo, a ineficácia do contrato de crédito na sequência do exercício do direito determina a ineficácia do contrato de compra e venda ou prestação de serviços, nos termos do número 1, do artigo 18.º do predito Decreto-Lei.

B. Sobre a Tessitura Que Compõe os Contratos Bancários: as CCG

Os contratos bancários são um campo úbere de acolhimento das cláusulas contratuais gerais – ferramenta por excelência de adaptação dos contratos às necessidades da IC e na qual se escora o contrato bancário geral.

Sucedem que a assimetria informativa, os clausulados gerais e pré-formulados, ou tendencialmente predefinidos e, por essa razão, herméticos por natureza, conformam a relação jurídica entre IC e cliente bancário, fomentando a inércia do cliente, que se limita a aderir e desconhece, grosso modo, os meandros da regulamentação contratual. O banco parte de uma posição de força, na ausência forçada de uma fase de negociação primitiva, tomando as rédeas do negócio jurídico bilateral *ab initio*, i.e., desde a génese do contrato, munindo-se de condições gerais pautadas pela generalidade e indeterminação.

A cristalização das CCG praticadas pelos bancos, dimanada da experiência desenvolvida no espaço do ordenamento jurídico alemão⁸² e repercutida no ordenamento jurídico português com o advento do DL n.º 446/85, de 25 de Outubro, com especial incidência nos contratos comerciais praticados na banca, seguradoras e transportes, subtrai ao cliente bancário a possibilidade de modelar o seu conteúdo, alterando-lhe as feições. Certo é que o utilizador das cláusulas contratuais gerais goza de inegável superioridade económica e

⁸² MENEZES CORDEIRO, António (2012). Direito Comercial. 3.ª Edição. Almedina. Coimbra. Pp. 574 e ss.

jurídico-científica em relação ao aderente, nas mais das vezes. Com efeito, a natureza formulária das cláusulas contratuais gerais reserva uma margem muito limitada ao cliente do ponto de vista da introdução de elementos especificadores ou orientadores da relação jurídica bancária. A solução, infelizmente, não passa por dismantlar a tessitura dos contratos bancários, sem prejuízo dos pontos críticos apontados pela doutrina, porquanto a negociação pré-contratual contrato a contrato, por afigurar-se impraticável no seio do tráfego jurídico que as Instituições de Crédito administram, culminaria na quebra de sectores de maior arcaboço financeiro, correndo o risco de produzir um retrocesso na actividade jurídico-económica geral.

Malgrado a excessiva generalidade, evidenciada rigidez, complexidade e natureza formulária, a contrapartida reside num grau de diligência comum por parte do aderente, a propensão do ónus da prova sobre o utilizador, o dever específico de conclusão esclarecida contrato cuja falta é cominada com presunção de culpa do utilizador (art. 5.º/3 da LGCC.), a prevalências das cláusulas específicas sobre as cláusulas gerais (art. 7.º da RCCG), a subtracção dos efeitos por violação ou cumprimento defeituoso do dever de informação (art. 8.º da RCCG.), e a nulidade (art. 12.º da RCCG). Regime que vai mais longe do que aquele que decorre do Direito comum, particularmente, no que tange à *culpa in contrahendo* (art. 227.º do CC.), à falta de consciência da declaração (art. 246.º) e à anulabilidade por erro (arts. 247.º e 251.º do CC.).

A solução radica, *summo rigore*, na perfilhação de mecanismos e na criação de válvulas de compensação do sistema, restabelecedoras do equilíbrio de prestações – uma solução intermédia, a paredes meias entre a tutela preventiva da vontade do consumidor e a sujeição das cláusulas a mecanismos de controlo eficaz. Em boa verdade, o consumidor nunca encontrará, no final do dia, alternativa efectiva para a aquisição do bem ou serviço do qual não pode abdicar, em face da uniformização ou homogeneização dos contratos bancários,

obedientes a uma regulação comunitária e sujeitos aos escrutínio da supervisão comportamental do BdP e da CMVM.

Todavia, a informação deve ser cirurgicamente doseada, sob pena de sortir um efeito perverso, porquanto «...No limite, uma informação em excesso pode conduzir ou equivaler, na prática, a uma falta de informação!». Em bom rigor, «...poucos consumidores teriam a paciência de ler um manual de informações de centenas de páginas... E talvez não seja mesmo exigível, a quem 'use de comum diligência', um comportamento diverso, embora isso dependa sempre, como é óbvio, de vários factores, entre os quais o tipo de operação efectuada e a natureza do bem adquirido ou do serviço prestado.»⁸³ Aliás, este é um dos pontos nevrálgicos mais sensíveis na tutela do consentimento do consumidor. Apesar de bem-intencionado, importa salientar que o RCCG tem eficácia reduzida, sobretudo na sua vertente preventiva, enquanto instrumento que se destina a contribuir para o esclarecimento e suscitar a reflexão do consumidor, tentando impedir decisões precipitadas por necessidades económicas imediatas.

Para a fase da formação contratual, este diploma legal consagra exigências de comunicação e informação nos respectivos artigos 5.º e 6.º, com o objectivo de proteger o contraente mais fraco, devendo dar-se especial realce à estatuição do n.º 2 do artigo 5.º, do seguinte teor: "*A comunicação deve ser realizada de modo adequado e com a antecedência necessária para que, tendo em conta a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas, se torne possível o seu conhecimento completo e efectivo por quem use de comum diligência.*" Apela-se, note-se, à integridade e à adequação, dentro de um limite temporal adequado, em ordem a evitar «cláusulas-surpresa». Pinto Monteiro divide em três os planos de

⁸³ PINTO MONTEIRO, António. (2010). A contratação em massa e a protecção do consumidor numa economia globalizada. In: Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 139.º, n.º 3961. Coimbra Editora: Coimbra. Pp. 221-235.

problemas⁸⁴ que os contratos de adesão levantam: (i) o plano do risco do desconhecimento parcial; (ii) o plano do conteúdo das cláusulas potencialmente abusivas; e o (iii) o plano dos meios de reacção. No fundo, no plano do risco de o consumidor desconhecer o risco inerente às cláusulas que compõem o contrato, o artigo 5.º impõe o dever genérico de comunicação, o artigo 6.º impõe o dever de tornar tal informação compreensível, o artigo 7.º dá prevalência ao efectivo consenso negocial, o artigo 8.º exclui as cláusulas em que não foram cumpridos os deveres de informação, o artigo 9.º expurga as cláusulas atentatórias da boa-fé e o artigo 10.º postula o princípio *in dubio contra stipulationem*.

Já no plano do conteúdo que o risco do desconhecimento potencia, actuam as cláusulas proibidas (art. 12.º a 24.º), cominadas com nulidade e atributivas da designada acção inibitória, acção que visa impedir a utilização futura de cláusulas proibidas. Destrincemos, antes de avançar, as cláusulas absolutamente proibidas, como sendo aquelas (arts. 18.º e 21.º) em que a proibição é absoluta em qualquer caso e não carecem de declaração do julgador, das cláusulas relativamente proibidas (arts. 19.º e 22.º), apreciadas em cada caso concreto e sujeitas a comprovação judicial. Retomando a acção inibitória, é mister referir que, uma vez a sentença tenha transitado em julgado, não mais pode ser incluída em contratos singulares do demandado. Todavia, esta eficácia ultra partes confina-se a quem pode invocá-la, i.e., qualquer consumidor que celebre contrato com a empresa condenada. Logo, conforme se constata, no plano processual, a actuação dependerá sempre da iniciativa do lesado, funcionando a acção inibitória como arma complementar que, a jusante,

⁸⁴ PINTO MONTEIRO, António. (2001). Contratos de Adesão/ Cláusulas Contratuais Gerais. In: Estudos de Direito do Consumidor, N.º 3. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pp. 131-163.

empodera o consumidor, resgatando-o finalmente da inércia em que submergira na fase negocial.

Por existir aceitação, não particularmente negociada pelo aderente, a lei providencia um núcleo duro de protecção à parte contratualmente mais fraca, impondo um dever de informação ao proponente, mesmo que o aderente não se inteire, cabalmente, do conteúdo contratual que ali aceita, a lei, nem por isso lhe tolhe protecção ante o proponente. O dever de comunicação das cláusulas contratuais gerais a cargo do proponente cinge a totalidade do clausulado e reclama uma antecedência compatível com a extensão e complexidade do contrato, de modo a tornar possível o seu conhecimento completo e efectivo. No específico caso do contrato de crédito ao consumo, sobre o qual nos debruçamos especialmente, a omissão da obrigação de entrega de um exemplar do contrato contendo as assinaturas dos contraentes, constitui nulidade atípica tão-somente invocável pelo consumidor; circunstância umbilicalmente conexas com o seu direito ao arrependimento, que é um direito potestativo susceptível de exercício *ad nutum*, sem mais. Pragmaticamente, apenas na posse do exemplar do contrato, no momento da sua perfeição, pode o consumidor tomar conhecimento integral do seu conteúdo, ponderando e reflectindo sobre a informação prestada pelo proponente. Ainda que o proponente invoque o instituto do abuso de direito, em qualquer circunstância que se esboce cabível, a pretensão do aderente não será imobilizada, mercê de, nas relações de consumo, a regra repousar na protecção do consumidor, só assim não sucedendo em casos de conduta inequivocamente censurável e injustificada, com grave prejuízo da contraparte. Não olvidemos que o artigo 334.º do C.Civil acolhe uma concepção objectiva do abuso do direito, segundo a qual se prescinde de uma actuação do titular do direito com consciência de que excede os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim económico ou social do direito. Como ensina o Professor Antunes Varela, «*Para que o exercício*

do direito seja abusivo, é preciso que o titular, observando embora a estrutura formal do poder que a lei lhe confere, exceda manifestamente os limites que lhe cumpre observar, em função dos interesses que legitimam a concessão desse poder»⁸⁵.

Atentemos: o sistema de protecção instituído pela directiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993, arrima-se na ideia de que o consumidor se encontra numa situação de debilidade relativamente ao profissional, quer no domínio do poder de negociação, quer no domínio do nível de informação⁸⁶, o que conduz a uma adesão às condições predispostas, sem poder influir no seu conteúdo. O TJUE já sublinhou, abundantes vezes, que a situação de desigualdade existente entre o consumidor e o profissional só pode ser compensada por uma intervenção positiva, alheia às partes no contrato (e.g. acórdãos VB Pénzügyi Lízing, n.º 48, e Banco Español de Crédito, n.º 41), sendo certo que tem julgado no sentido de que o juiz nacional é obrigado a apreciar officiosamente o carácter abusivo de uma cláusula contratual abrangida pelo âmbito de aplicação da directiva e, deste modo, a suprir o desequilíbrio que existe entre o consumidor e o profissional. Todavia, ao aplicar o direito da união, o juiz nacional deve igualmente respeitar as exigências de uma tutela jurisdicional efectiva dos direitos que as pessoas extraem do direito da União, como é garantida pelo artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Entre essas exigências figura o princípio do contraditório, que faz parte dos direitos de defesa e que se impõe ao juiz, nomeadamente, quando decide um litígio com base num fundamento examinado officiosamente (v., neste sentido, acórdão de 2 de Dezembro de 2009, Comissão/Irlanda e o., C 89/08 P, Colet., p. I 11245, números 50 e 54).

⁸⁵ ANTUNES VARELA, João de Matos. (2017). Das Obrigações em Geralínea Reimpressão da 7ª edição. Almedina: Coimbra. Vol. II. P. 536.

⁸⁶ SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. (2007). Direito dos Contratos – Estudos. Coimbra Editora: Coimbra. P. 49.

Desta sorte, o juiz nacional, após ter apurado que uma cláusula é abrangida pelo âmbito de aplicação da directiva, reconhece, no termo de uma apreciação à qual procedeu oficiosamente, que essa cláusula é abusiva, é, regra geral, obrigado a informar disso as partes no litígio e a convidá-las a esgrimi-la, com observância do contraditório, segundo as formas previstas a esse respeito pelas normas processuais nacionais. Em ordem a exercitar uma apreciação sobre o carácter eventualmente abusivo da cláusula contratual que serve de base ao pedido que lhe foi submetido, deve ter em conta todas as outras cláusulas do contrato.

Desta feita, importa-nos, em especial, focar o artigo 22.º, n.º 1, alínea c), que preceitua o subsequente: *«as cláusulas contratuais que atribuam a quem as disponha o direito de alterar unilateralmente os termos do contrato, excepto se existir razão atendível que as partes tenham convencionado»* e o artigo 19.º do RCCG. Ora, o *ius variandi* traduz-se na faculdade reconhecida à IC de modificar unilateralmente para o futuro as condições contratuais, contanto que resulte previsão expressa no contrato, uma razão atendível e um nexo de causalidade entre a razão invocada e a alteração do contrato.

B.1. Cláusulas Contratuais Abusivas: a alteração unilateral da taxa de juro

A salvaguarda do artigo 22.º, número 2 do RCCG – *«...concedam ao fornecedor de serviços financeiros o direito de alterar a taxa de juro ou o montante de quaisquer outros encargos aplicáveis, desde que correspondam a variações do mercado e sejam comunicadas de imediato, por escrito, à contraparte, podendo esta resolver o contrato com fundamento na mencionada alteração»* – relativa aos contratos bancários quando vem dispor que a proibição de cláusulas de alterações unilaterais excepto se houver razão atendível, não se aplica estes por não serem proibidas as cláusulas contratuais gerais que concedam ao fornecedor de serviços financeiros o direito de alterar a taxa de juro ou o montante de quaisquer

outros encargos aplicáveis, desde que correspondam a variações de mercado e sejam comunicadas de imediato, por escrito à contraparte, podendo esta resolver o contrato com fundamento na mencionada alteração, inculca a ideia de que tais contratos estão a salvo das proibições também constantes da alínea h) do artigo 19º, i.e., das cláusulas que «*consagrem, a favor de quem as predisponha, a faculdade de modificar as prestações, sem compensação correspondente às alterações de valor verificadas*».

Uma alteração de *spread*, num mútuo bancário, motivada por alterações de mercado, só por si, excede o âmbito desta previsão.⁸⁷Torna-se evidente a natureza abusiva da cláusula que, a título de exemplo, estipule um prazo curto para proceder à resolução e reembolso da totalidade do empréstimo, seja porque a obtenção da quantia necessária ao reembolso se prende com decisões difíceis e negociações não compatíveis com um tão curto período de tempo, seja porque a própria renegociação do empréstimo com outras entidades se reveste de diligências que normalmente implicam tempo considerável, cravejando a tarefa do cliente bancário de copiosas arduidades, o que viola o disposto no artigo 19º, alínea d) do RCCG: «*imponham ficções de recepção, de aceitação ou de outras manifestações de vontade com base em factos para tal insuficientes*».

Na verdade, o artigo 19.º encerra uma panóplia de enunciados de cláusulas relativamente proibidas por referência a um conjunto de conceitos indeterminados como cujo preenchimento pressupõe uma valoração casuística. O espírito da norma dita que, aquele que detenha uma posição privilegiada, por conceber o quadro negocial não possa aproveitar a sua posição, de modo a

⁸⁷ Almeno de Sá que in Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva Sobre Cláusulas abusivas, p.89, sustenta que se introduziram desvios «*em ordem a beneficiar fundamentalmente, o sector da actividade bancária*», entendimento, este, de que existe favorecimento legal dos bancos, também sustentado por Menezes Cordeiro in Manual de Direito Bancário, Pp. 444-446.

conceber cláusulas que predisponham a seu favor vantagens contratuais inaceitáveis. Sobre este assunto, releva o STJ por Ac de 21.03.2006 in CJ I 145, relatado por Alves Velho decidindo: *«as nulidades das ccg a que alude o artº 19º do DL 446/85 não decorrem directa e imediatamente da lei mas dependem da formulação de um juízo valorativo de referência ao “quadro negocial padronizado”. Este juízo valorativo tem de se operar em função das ccg tomadas na sua globalidade e de acordo com a generalidade dos padrões considerados na “sua compatibilidade e adequação ao ramo ou sector de actividade negocial a que pertencem”»*.

Por conseguinte, uma cláusula porque não contenha concretos elementos de facto dos quais o cliente bancário possa inferir o valor máximo e mínimo de cada alteração de *spread*, a sua relação com as comissões, e respectiva alteração, a percentagem a aplicar e a sua correlação com as variações de mercado bem como os demais concretos critérios utilizados como a *Euribor*, sendo como tal objectivamente insuficiente, uma vez que acaba por se transformar numa verdadeira *«norma contratual em branco»*. Neste sentido, postula o Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra, de 26-06-2014, processo n.º 2471/12.3TVLSB-8.

E qual é a consequência directa de tais nulidades na eventualidade de ser imposta, fora do quadro legal consignado, uma alteração à taxa de juro? A nulidade decretada acarreta, ao abrigo do disposto no artigo 289º do C.Civil, a restituição das quantias pagas por imposição contratual baseada nessa cláusula e bem assim os juros que sobre tais quantias se venceram e vencerem.

Deveras interessante e singular é a abordagem impressa no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 03-03-2015, processo n.º 766/14.0TVLSB.L1-1, que vai além de um exame meramente interpretativo das normas que compõem o RGGC, aspirando e ousando mais do que isso, estendendo-lhe espessura mediante uma análise económica do direito, em matéria de formação de contratos. No âmago dessa análise os venerandos desembargadores assumem

uma deslocação da questão das medidas a tomar face ao comportamento dos indivíduos para as medidas a tomar face ao funcionamento do próprio sistema de justiça que é convocado em situações de conflito. Inconformados com o dispositivo tradicional da formação dos contratos, que premeia a ilicitude da parte economicamente mais forte, bebem das considerações da teoria microeconómica das externalidades, das economias de escala e dos bens públicos, exortando a necessidade de restituição do equilíbrio das situações jurídicas, mediante não somente uma composição de litígio individualmente considerado, mas mormente através da correcção do sistema de justiça que intervém em situações de conflito, investindo uma postura crítica multifacetada. De facto, o desenvolvimento da moderna produção capitalista criou sistemas de produção em massa, assim como os custos fixos e as economias de escala levam os fabricantes a desenvolver produtos padronizados no sector industrial, assim também as mesmas condicionantes levam os fornecedores de serviços a desenvolver contratos padronizados para serem assinados pelos seus clientes. Retomamos aqui a dicotomia «*pegar ou largar*» (cfr. Cap. II, A., P. 26). Num mercado concorrencial, os interessados em contratar um serviço dispõem de alternativas contratuais. Mas o que se passa é que frequentemente estamos perante um mercado pouco ou nada concorrencial, oligopolístico ou mesmo monopolístico, em que o cliente não tem verdadeira alternativa de escolha do fornecedor. Também há situações de informação assimétrica que põem ainda mais em questão as já de si frágeis condições de negociação dos contratos, e são estas as situações com que nos preocupamos particularmente. Esta segunda perda de eficiência do mercado resulta da informação assimétrica dos fornecedores e dos clientes: os fornecedores conhecem perfeitamente a qualidade dos bens e serviços que fornecem, mas os clientes, por seu turno, estão confinados a uma vaga noção disso (o denominado fenómeno «*market for lemons*»). Finalmente, uma terceira

perda de eficiência resulta do poder negocial do fornecedor, que impõe cláusulas abusivas nos contratos padronizados, constituindo este um ponto nevrálgico do nosso estudo. É aqui que o legislador intervém como regulador que vem estabelecer normas que restitua condições da igualdade negocial possível, *in casu*, entre um banco e uma empresa que procura obter aí um financiamento. Dúvidas não sobejam de que o banco disporá de um serviço jurídico para lhe preparar determinados contratos-tipos, e incluir cláusulas sempre idênticas, estabelecendo a situação jurídica a seu favor: cláusulas contratuais gerais.

A teoria dos mercados de informação assimétrica é uma corrente da microeconomia que afirma haver assimetria no acesso à informação entre compradores e vendedores nas mais diversas transacções. Tais desigualdades podem incorrer em falhas e ineficiência na alocação de recursos no mercado e são necessárias medidas para corrigir essas distorções. Nesses, Stiglitz enfatiza a acção do estado por meio de regulações para a busca de um equilíbrio que aumente o ganho social. O mesmo se pode dizer do tráfego jurídico nas relações bancárias de consumo, sobretudo no processo pré-contratual, em que o banco conta (e sempre contará) com uma fatia de conhecimento superior à do consumidor.

No seu voto de vencido, o Mm.^o juiz Júlio Gomes escreveu, no Ac. de 9/7/2015, em termos assaz marcantes: *«Os deveres de comunicação e de informação não se reduzem, estamos em crer, a um dever de prestar esclarecimentos se os mesmos forem solicitados (que corresponde apenas a uma faceta do dever de informação prevista no n.º 2 do artigo 6.º). Aliás sem essa comunicação prévia o leigo muitas vezes nem sequer sentirá necessidade de pedir mais esclarecimentos. Um exemplo: a exclusão do benefício da excussão prévia. Para um leigo - mormente com a 4.ª classe como a Autora - é apenas mais uma frase ininteligível, no meio da "algaraviada" jurídica. Em suma, o leigo muitas vezes não sabe sequer o suficiente para se aperceber das cláusulas ou de todas as*

cláusulas que lhe são prejudiciais. Acresce que o momento da escritura não é, na realidade o adequado para pedir grandes esclarecimentos. Não o é pela pressão social – se a Autora falasse e questionasse muito punha em risco a realização da escritura de que os devedores necessitavam – e porque é delicado nesse momento colocar os cenários do incumprimento em cima da mesa.». Daí que o ónus da prova de que uma cláusula contratual resultou de negociação prévia entre as partes recai sobre quem queira prevalecer-se do respectivo conteúdo (art. 1.º, n.º 3 do RCCG). Não tendo feito logrado fazer essa prova, considera-se excluída daqueles contratos, considera-se não escrita (art. 8.º/ alínea a) do RCCG). Em suma, cabe ao predisponente provar que, tendo em conta as circunstâncias concretas do contrato celebrado, o destinatário poderia negociar os termos do contrato, influenciando o seu conteúdo⁸⁸.

Ressalta à sociedade que tais peculiaridades de inversão abrangem a circunstância de o destinatário não ter podido influenciar o conteúdo da cláusula. Embora a letra da lei não seja clara quanto a este ponto, resulta do seu espírito que cabe a quem pré-elaborou as cláusulas a prova de que estas não cabem no âmbito do regime definido no DL 446/85, ou seja, a prova de que não se trata de cláusulas contratuais gerais (n.º 1) ou de cláusulas que o destinatário não pode influenciar (n.º 2).⁸⁹ Afigura-se perfeitamente crucial o papel desse mecanismo quando perante uma cláusula que permita a alteração unilateral da taxa de juro (ou de uma componente) pela IC, não bastando, conforme adiante cotejaremos, o preenchimento dos pressupostos cumulativos a que alude o artigo 22.º do RCCG (alínea c), do número 1 e número 2).

⁸⁸ ALMEIDA, Carlos Ferreira. (2015). Contratos I. Almedina: Coimbra. 5ª Edição. Pp. 187/188.

⁸⁹ CARVALHO, Jorge Morais. (2016). Manual de direito do consumo. 3ª Edição. Almedina: Coimbra. Pp. 68/69.

B.2. Jurisprudência do TJUE: um olhar sobre a celebração de contratos de mútuo bancário com consumidores

Numa linha mais genérica, o Tribunal recapitula, na jurisprudência do Acórdão Oceano Grupo Editorial, a faculdade de o juiz apreciar oficiosamente o carácter abusivo de uma cláusula é necessária para assegurar ao consumidor uma protecção efectiva, nomeadamente tendo em conta o risco não despreciando de ele ignorar os seus direitos ou de ter dificuldade de os exercer. Assim, a protecção que a directiva confere aos consumidores estende-se aos casos em que o consumidor, que celebrou com um profissional um contrato que incluía uma cláusula abusiva, se abstenha de invocar o carácter abusivo dessa cláusula, ou porque desconhece os seus direitos ou porque é dissuadido de o fazer devido aos custos de uma acção judicial. Nesta linha de raciocínio, entendeu o Tribunal que nos processos que têm por objecto a execução de cláusulas abusivas, intentados por profissionais contra consumidores, a fixação de um limite temporal ao poder do juiz de – oficiosamente ou na sequência de excepção invocada pelo consumidor – afastar tais cláusulas é susceptível de prejudicar a eficácia da protecção pretendida pelos artigos 6º e 7º da Directiva. Na verdade, para privarem os consumidores dessa protecção, basta aos profissionais aguardarem o expirar do prazo fixado pelo legislador nacional para pedir a execução das cláusulas abusivas que continuariam a utilizar nos contratos. Concluiu que uma disposição processual que, findo um prazo de caducidade, impede o juiz nacional de conhecer – oficiosamente ou na sequência de excepção suscitada pelo consumidor – o carácter abusivo de uma cláusula cuja execução é pedido pelo profissional é susceptível de dificultar excessivamente, nos litígios em que os consumidores são demandados, a protecção que a directiva tem por fim conferir-lhes. Precisando, no entanto, que cada caso em que se ponha a questão de saber se uma disposição processual nacional torna impossível ou excessivamente difícil a aplicação do direito

comunitário deve ser analisado tendo em conta a colocação dessa disposição no conjunto do processo, a tramitação deste e as suas particularidades nas várias instâncias nacionais.

Em especial, incumbe ao juiz nacional, quando analisa as circunstâncias que rodearam a celebração do contrato, verificar se, no processo em causa, foram comunicados ao consumidor todos os elementos susceptíveis de ter incidência no alcance do seu compromisso que lhe permitam avaliar, designadamente, o custo total do seu empréstimo. Têm um papel decisivo nesta apreciação, por um lado, a questão de saber se as cláusulas estão redigidas de maneira clara e compreensível de modo que permitam a um consumidor médio, ou seja, um consumidor normalmente informado e razoavelmente atento e avisado, avaliar esse custo e, por outro, a circunstância ligada à falta de menção, no contrato de crédito, de informações consideradas essenciais, à luz da natureza dos bens ou dos serviços objecto desse contrato (v., neste sentido, acórdão de 9 de julho de 2015, *Bucura*, C-348/14, não publicado, EU:C:2015:447, n.º 66). Com maior incidência sobre o tema central desta tese, a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça que a informação, antes da celebração do contrato, sobre as cláusulas contratuais e as consequências da referida celebração é de importância fundamental para o consumidor. É, nomeadamente, com base nesta informação que este último decide se deseja vincular-se às condições previamente redigidas pelo profissional (acórdãos de 21 de março de 2013, *RWE Vertrieb*, C-92/11, EU:C:2013:180, n.º 44, e de 21 de dezembro de 2016, *Gutiérrez Naranjo e o.*, C-154/15, C-307/15 e C-308/15, EU:C:2016:980, n.º 50).

Acresce que, conforme recordou o Comité Europeu do Risco Sistémico na recomendação CERS/2011/1, de 21 de Setembro de 2011, as instituições financeiras devem prestar informação suficiente que habilite os mutuários a tomar decisões prudentes e fundamentadas, e incluir, no mínimo, o impacto de um aumento na taxa de juro referente ao empréstimo (EU: C- 186/16). Cabe,

assim, ao órgão jurisdicional nacional verificar se o profissional comunicou aos consumidores em causa toda a informação pertinente que lhes permitia avaliar as consequências económicas de uma cláusula como a que está em causa no processo principal nas suas obrigações financeiras. A este respeito, importa observar que, num contrato de crédito, o mutuante obriga-se, principalmente, a pôr à disposição do mutuário um determinado montante em dinheiro, obrigando-se este, por sua vez, principalmente a reembolsar, regra geral com juros, esse montante nos prazos previstos. Por consequência, o facto de um crédito dever ser reembolsado com determinados juros, concerne à própria natureza da obrigação do devedor, constituindo assim um elemento essencial do contrato de mútuo.

C. O *Ius Variandi* Bancário

C.1. O *Ius Variandi* na Relação de Consumo

O *ius variandi* é um instituto jurídico não exclusivo do direito bancário. Este instituto está vocacionado para a conservação do equilíbrio prestacional, perpassando a manutenção do equilíbrio sinalagmático no complexo que compõe as obrigações contratuais. A admissibilidade das cláusulas *ius variandi*, em contrabalanço com o princípio *pacta sunt servanda*, em arrimo ao princípio *rebus sic stantibus*, oportunamente afluídos, brota nas relações contratuais de carácter duradouro e é fruto de uma preocupação com a salvaguarda do pêndulo contratual *à la longue*.

Fará sentido, em homenagem aos sábios cânones do Digesto, que *contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur*, ou seja, que os contratos que têm trato sucessivo e dependam do futuro fiquem subordinados, a todo tempo, ao mesmo estado de subsistência das coisas, de jeito que o poder de modificação unilateral da disciplina contratual se justifica em certos casos. O mais controvertido e explorado dos *ius*

variandi recai sobre o Direito do Trabalho, em que especificamente se admite o surgimento deste direito em nome do interesse da empresa, contanto que o seu exercício não desagüe num prejuízo sério para o trabalhador. Não se esgota porém, nesta área do Direito, sendo visíveis os desvios à firmeza e estabilidade do contrato no regime do mandato, do contrato de depósito e no contrato de empreitada, numa eterna demanda pela reposição da equivalência das prestações.

No Direito Bancário, a raiz civilista do RCCG exige a previsão expressa do poder de alteração unilateral do contrato, pelo que este *ius variandi* não tem fonte legal, contrariamente aos acima descritos, mas antes fonte contratual. A alínea a), do número 2, do artigo 22.º do RCCG encerra, precisamente, o *ius variandi* típico do tráfego jurídico bancário, incidindo sobre a admissibilidade de os bancos e sociedade financeiras alterarem taxas de juro nas relações de consumo⁹⁰, reconhecida que está a presença da tutela do consumidor nesta norma, quer à luz da secção em que se insere o dispositivo, quer à luz do enquadramento na Directiva de que promana.

Uma vez disposta a cláusula que expressamente introduz no complexo contratual o *ius variandi*, esta norma (22.º/2/b) do RCCG), na sua fórmula – «Concedam ao fornecedor de serviços financeiros o direito de alterar a taxa de juro ou o montante de quaisquer outros encargos aplicáveis, desde que correspondam a variações do mercado e sejam comunicadas de imediato, por escrito, à contraparte, podendo esta resolver o contrato com fundamento na mencionada alteração» –, vem instituir que (i) se verifique uma correspondente variação de mercado e que (ii) seja comunicada, por escrito, a alteração fundamentada da taxa de juro ao consumidor. Se assim não for, então, a razão atendível, que o permita, deverá estar expressamente

⁹⁰ GAGGERO, Paolo. (2003). Il Codice Civile (Commentario) – Clausole vessatorie nei contratti del consumatore. Giuffrè: Milão. P. 669 e ss.

prevista no próprio contrato e resultar de um verdadeiro acordo (art. 22.º/1/c) do RCCG).

Questiona-se: que tipo de variação serve de fundamento? Com que base legal se determina o momento e a antecedência da aludida comunicação? Qualquer contrato de crédito está sujeito ao preceituado na alínea a), do número 2, do artigo 22.º do RCCG?

A variação de mercado terá de consubstanciar uma variação potencialmente idónea a modificar o sinalagma contratual originário e cujo escantilhão repousará no «*desequilíbrio nas prestações gravemente atentatório da boa-fé*», todavia. Além disso, o conceito de «variações de mercado», beberá, incontornavelmente, do instituto da alteração das circunstâncias⁹¹ (cfr. Capítulo II), apesar das diferenças estruturais e efectivas⁹². Com efeito, é certo que alteração das circunstâncias constitui, em si mesmo, um instituto autónomo, que no tocante à matéria dos efeitos jurídicos, tem por finalidade contribuir para a conformação da realidade contratual à superveniência de novas circunstâncias, diferentemente do *ius variandi*, que pode ter eficácia inovatória acerca do objecto do contrato, ou seja, do seu conteúdo ou clausulado. Porém, em ambos os casos, ocorrerá, necessariamente, uma alteração de circunstâncias em que ambas as partes fundaram a sua decisão de contratar e/ou de contratar naqueles precisos termos; mais precisamente, naquelas condições de mercado.

⁹¹ Neste sentido contrário, referente a outro ramo do Direito: «...o reconhecimento de um direito à estabilidade do contrato justifica que a lei obrigue a entidade pública contratante a repor o equilíbrio financeiro do contrato, protegendo não apenas os interesses económicos do contratante particular, mas também o seu interesse à estabilidade do contrato, o que se traduz na imposição de limites e condições ao exercício de tais poderes» [MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos. Um Olhar Português*, Coimbra: Livraria Almedina, 2006, pp. 455 e, com particular relevância sobre este tema, pp. 459]

⁹² ANTÓNIO, Isa. (2015). A propósito do poder de modificação unilateral do contrato por parte contraente público: “*Ius Variandi*”. In: Revista Electrónica de Direito – Outubro 2015 – N.º 3. Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

Destarte, entendemos que outra (variação de mercado) não poderá ser senão uma causa externa, i.e., não compreendida na álea própria do contrato, e objectiva, ou seja, essencial ao sentido e aos resultados do contrato celebrado. Por ser externa à relação contratual em causa, parece-nos que a sua configuração deverá ser de tal modo que atinja a consciência de ambos os contraentes com razoável notoriedade. Quer isto significar que não estão incluídas na circunscrição do conceito indeterminado «*variações de mercado*» as suas flutuações normais ou finalidade ou nos riscos concretamente contemplados pelas partes no acordo contratual celebrado. Salvo melhor opinião, outro entendimento, mais maleável⁹³, sobre os limites desta «*cláusula aberta*» de *ius variandi*, habilitaria o predisponente a alterar o programa contratual com uma flexibilidade tal que não se compadece com os fundamentos da tutela do consumidor, fragilizando, mais ainda, a posição do contraente-aderente. Quer dizer, a distribuição do risco genético na formação do negócio — sinalagma genético reflectido, na maior ou menor taxa de juro — prolonga-se pela estipulada vida do contrato (sinalagma funcional) como a álea nuclear própria do contrato celebrado em concreto.

Importa enfatizar que, logo no momento da celebração do contrato, as partes não procederam a uma repartição simétrica do risco da variação das taxas de juro. O prestador de serviços financeiros, esse sim, predispôs, a seu jeito essa repartição, pelo que não nos parece que a invocação superveniente das variações de mercado seja susceptível de despontar, por qualquer moldura leve estribada numa relação de causalidade benzida por mera «razão atendível»

⁹³ Sobre a interpretação do conceito indeterminado «variações de mercado», atida aos critérios mínimos fixados à noção de «razão atendível», vide FIGUEIREDO, André (2007). O Poder de Alteração Unilateral nos Contratos Bancários. Sub Judice. 39: Pp. 17 e 18. «Diferente é caso de as partes contratualmente terem conferido esse direito a um ou a ambos os contraentes, com base num circunstancialismo objectivo, negocialmente previsto. Não se atingindo os limites colocados à liberdade contratual, e sendo esse direito exercido de acordo com os ditames da boa-fé [...], nada haverá, em princípio, a objectar» [PESTANA DE VASCONCELOS, Miguel. (2017). Direito Bancário. Almedina: Coimbra. P. 357].

(também ela vertida para o contrato pelo banco), em consequência da consumação da álea própria do contrato, montada num risco assimétrico determinado *ab initio*, pelo próprio, para perdurar na convencionada constância do contrato duradouro. Até porque a «razão atendível» – outro conceito indeterminado que apenas se alcança mediante recurso a parâmetros gerais da boa-fé – que as partes tenham (alegadamente) convencionado só seria chamada à colação na hipótese de não ter sido aprovada uma cláusula que especificamente introduzisse, de forma inequívoca, o *ius variandi*. Temos em crer que este último conceito («razão atendível») assoma-se como permissão geral e convencionada (não unilateral) de *ius variandi* em qualquer domínio do contrato, ao passo que o *ius variandi* que se traduz na alteração de juros reveste natureza unilateral e constitui uma excepção suportada em pressupostos próprios cuja densificação, conforme se defendeu, deve procurar limites no instituto autónomo da alteração das circunstâncias (art. 437.º do C.Civil), nos moldes que acima se expenderam, e que não deixam de encontrar, de certo modo, algum acolhimento na orientação plasmada na Carta-Circular n.º 32/2011/DSC, do BdP.

O período razoável de antecedência com que a comunicação do banco deverá ser expedida não encontra acervo na letra da lei, todavia, conforme veremos, o BdP compreendeu que esse período não poderia ser inferior a 90 (noventa) dias, o que se louva, apesar de não satisfazer inteiramente, ante a árdua alternativa de resolução que a lei lhe reservou.

No que tange à última questão que se ergueu, diremos, em termos que adiante adensaremos que, contrariamente à inclinação geral que a doutrina tem manifestado⁹⁴, a solução legal actual, que permite a alteração unilateral de juros

⁹⁴ «[...]não apreço criar um desequilíbrio intolerável a circunstância de o banco reservar o direito de ajustar as condições financeiras que oferece ao consumidor, precisamente em função daquelas que são as condições financeiras em que ele próprio obtém o financiamento para a sua actividade...»

nos contratos de crédito ao consumidor e de crédito à habitação, não nos parece a melhor, desde logo, porque, sendo contrato de duração determinada, e cujos interesses envolvidos criam uma inegável dependência, a vulnerabilidade que se cria ao possibilitar aos prestadores de serviços financeiros lançarem mão deste instrumento, que não deixa verdadeira margem de alternativa ao consumidor, culmina na abertura de caminhos muito perigosos e de difícil sindicância.

C.2. A Carta-Circular nº 32/2011/DSC, de 17-05-2011

Na sequência da análise aos contratos de crédito celebrados pelas instituições de crédito com consumidores, o BdP, entendeu, ao abrigo do artigo 17.º da sua Lei Orgânica, definir um conjunto de boas práticas a observar pelas instituições de crédito a respeito da previsão de cláusulas contratuais que lhes permitissem, nos termos do Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro, alterar unilateralmente as condições acordadas, nomeadamente a taxa de juro ou o montante de outros encargos aplicáveis. Neste sentido, o BdP postulou que a redacção de cláusulas contratuais que permitam a alteração unilateral da taxa de juro ou de outros encargos de contratos de crédito com base em «razão atendível» ou em «variações de mercado», para os efeitos previstos na alínea a) do n.º 2, do artigo 22.º daquele diploma, as instituições de crédito devem concretizar com detalhe suficiente tais factos e, serem estes:

- a) Externos ou alheios à IC, devendo situar-se fora da sua esfera de influência, actuação ou controlo; e
- b) Relevantes, excepcionais e ter subjacente um motivo ponderoso fundado em juízo ou critério objectivo.

[FIGUEIREDO, André (2007). O Poder de Alteração Unilateral nos Contratos Bancários. Sub Judice. 39: Pp. 15]

As instituições de crédito devem, ainda, estabelecer um prazo razoável para que o consumidor possa exercer o seu direito de resolução do contrato de crédito. O prazo previsto para o exercício do direito de resolução deve permitir ao consumidor (i) tomar efectivo conhecimento da alteração proposta, (ii) avaliar a conveniência da manutenção do contrato nas novas condições definidas pela instituição ou do exercício do direito à resolução e (iii) ponderar sobre a eventualidade de transferência do empréstimo para outra IC.

Importa ainda referir a carta-circular de 20-05-2011 que a complementa, na qual o BdP se ocupa especialmente da utilização de indexantes: a utilização de indexantes nas operações de crédito à habitação devem observar critérios de objectividade – determinado com recurso a uma metodologia clara – confiança – deve ser determinado por uma entidade independente e imparcial –, transparência – deve ser amplamente divulgado, permitindo acompanhar a sua evolução –, actualidade – revisto com periodicidade, reflectindo as condições imediatas de mercado – e adequação – associado a uma variável financeira adequada às características do produto vertente.

i. Delimitação da «Razão Atendível» e das «Variações de Mercado»

Mas o que é que se deve entender por razão atendível? Ou por variações de mercado? Notemos que o primeiro conceito indeterminado pode ancorar-se quer numa hipótese de alteração da política monetária com incidência directa na actividade bancárias, mas também na situação financeira do cliente ou das suas garantias, aumentando o grau de risco suportado pelo banco⁹⁵. A razão justificativa pode ocorrer quando há um aumento geral dos custos industriais

⁹⁵VECCHI, Valentino. (2014). Lo Jus Variandi Nei Rapporti Bancari: Aspetti Normativi e Criticità. Studiovecchi, Revisori Legali. Servizi di Consulenza Aziendale – Gestione del Contenzioso Bancario. Disponível em: http://www.valentinovecchi.it/1/upload/lo_ius_variandi_nei_rapporti_bancari.pdf

ou os preços ao consumidor e, *a fortiori*, quando você alterar as taxas de juro de importância primordial para o mercado de crédito. Inevitavelmente, retornamos ao princípio da boa-fé como solução suficiente ao apuramento casuístico da razão justificativa, concretizada no artigo 16.º da RCCG, procurando ponderar:

- a) A confiança suscitada, nas partes, pelo sentido global das cláusulas contratuais em causa, pelo processo de formação do contrato singular celebrado, pelo teor deste e ainda por quaisquer outros elementos atendíveis;
- b) O objectivo que as partes visam atingir negocialmente, procurando-se a sua efectivação à luz do tipo de contrato utilizado.

Dolmetta⁹⁶ invoca três crivos que merecem ser, igualmente, pesados: especificidade do motivo aduzido; coerência entre a modificação e o motivo alegado; mérito concreto do acto de exercício de poder. Posto que dispensa o acordo do consumidor em relação ao novo conteúdo que pretende imprimir à relação contratual, a modificação deve estribar-se numa relação de causalidade entre o motivo invocado e a alteração do contrato (coerência). Nestes termos, não pode assumir validade a cláusula que preveja a ocorrência de um evento genérico, onde possa caber uma miríade de situações, conduzindo a um abuso desse poder unilateral.

A variação de mercado deve, nestes moldes, cumprir os mesmos critérios aplicados à delimitação da razão atendível, mas mais do que isso, exige que o exercício do *ius variandi* resulte dum fundamento exógeno à esfera do banco ou à relação contratual em apreço. O problema é que, pese embora tenha que

⁹⁶ DOLMETTA, Aldo Angelo. (2011). Jus Variandi Bancario Tra Passagi Legislativi e Giurisprudenza Dell' ABF le linee evolutive Dell'Istituto. Sezione II – Dotrina e Opinioni. Documento n.º 260/2011.

existir uma cláusula que preveja que o banco pode alterar unilateralmente o conteúdo do contrato por força de variações de mercado, o artigo 22.º/2/a) da RCCG tratou de conferir uma margem significativamente ampla ao predisponente, não obrigando a inscrever um *numerus clausus* de eventos, de sorte que esta condição se perfila dotada de manifesta plasticidade, desvirtuando a tutela do contraente débil. Pacífico, parece-nos, o enquadramento das variações de mercado como alteração das circunstâncias, nos termos e para os efeitos do artigo 437.º do C.Civil, pelo que a sua análise se deve reconduzir aos requisitos em que se decompõe este instituto (*vide* Capítulo I.B.)

ii. O Pré-Aviso e o Direito Potestativo de Resolução

Relativamente ao prazo de pré-aviso, o BdP entende que esse prazo não deverá ser inferior a 90 (noventa) dias. No contrato deve indicar-se o momento a partir do qual as alterações introduzidas unilateralmente pela IC produzem efeitos. O acto de exercício efectivo de jus, por conseguinte, deve ficar acima de um facto pontual: que como tal deve ser relatado no texto da comunicação ao cliente, de modo a cumprir o prescrito ónus de alegação.

As alterações unilaterais introduzidas pelas instituições de crédito apenas deverão produzir efeitos no período de contagem de juro imediatamente seguinte ao termo do prazo de exercício do direito de resolução do consumidor. De notar, neste ponto, que o direito de resolução também deve ser expressamente mencionado, ao abrigo do artigo 22.º/2/b) da RCCG, o direito de resolução como condição de validade da cláusula de *ius variandi*. A cláusula que permite a alteração unilateral da taxa de juro ou de outros encargos deve prever a reversão das alterações quando e na medida em que os factos que as tenham justificado deixem de se verificar e estabelecer os procedimentos necessários

para a respectiva produção de efeitos. Assim, nas situações em que, de acordo com o disposto na lei e no contrato de crédito, as instituições de crédito estejam legitimadas a alterar a taxa de juro ou outros encargos de contratos de crédito, o exercício dessa faculdade deve:

- a) Assentar numa relação de causalidade entre o evento invocado como razão atendível e o teor e alcance da alteração contratual que a IC pretende introduzir;
- b) Obedecer ao princípio da proporcionalidade, evitando a criação de desequilíbrio injustificado na relação contratual.

Considera-se não escrita uma cláusula contratual geral que o proponente não comunicou com a antecedência necessária e de modo adequado à contraparte, sociedade comercial (art. 8º da LCCG) – não bastando que essa cláusula seja explicada pelo notário quando da escritura pública onde a cláusula foi incluída.

iii. Os Requisitos Inerentes à Comunicação da Alteração

As instituições de crédito devem comunicar aos consumidores o exercício do direito de alteração unilateral da taxa de juro ou de outros encargos aplicáveis ao contrato de crédito. A comunicação em causa deve revestir a forma escrita e ser redigida em termos claros e transparentes que permitam ao consumidor identificar:

- a) Os motivos subjacentes à decisão de alterar o contrato;
- b) A nova taxa de juro ou os novos encargos aplicáveis;
- c) O prazo e a forma de exercício do direito de resolução;
- d) A data de produção dos efeitos da alteração.

No contexto da Carta-Circular, o Aviso n.º 1/95 do BdP torna-se relevante, ao vir implementar que todas as instituições de crédito e todas as sociedades financeiras, a seguir designadas por instituições, devem manter disponíveis, em todos os balcões, em lugar de acesso directo e bem identificado, em linguagem

clara e de fácil entendimento, informações permanentemente actualizadas das condições gerais com efeitos patrimoniais de realização das operações e dos serviços correntemente oferecidos, apontando como particularmente relevantes, para efeitos do Aviso, as informações relativas a taxas de juro, impostos, comissões, prémios de transferência, portes, despesas de expediente e datas-valor das operações.

Por fim, a Carta-Circular deixa claro que o direito de resolução é materialmente distinto do direito de reembolso antecipado, as instituições de crédito não podem exigir o pagamento de comissões previstas para o reembolso antecipado ao consumidor que, na sequência de alteração unilateral introduzida pela instituição, pretenda resolver o contrato.

C.3. Taxas de Juro: Repercussões Concretas na Relação de Consumo

A cláusula contratual relativa à taxa de juro constitui uma das cláusulas essenciais de qualquer contrato de crédito, em especial no crédito ao consumo, sendo normalmente o aspecto mais relevante para a decisão de contratar do consumidor. Vejamos: a alínea a), do número 2, do artigo 22.º do RCCG não faz distinção dos tipos de juro que cinge no seu campo de aplicação, pelo que esse espaço é pródigo e convidativo a uma certa arbitrariedade decorrente dessa liberdade excessiva de conformação das variações ao programa contratual. Significa isto que estão englobados no conceito amplo prescrito pela lei os juros legais, convencionais, remuneratórios, moratórios, compulsórios, antecipados ou postecipados, com taxas fixas ou variáveis, combinadas ou não com um indexante. Porém, onde estão definidos os limites?

A jurisprudência, sem qualquer excepção, tem vindo a entender que as taxas de juro bancárias, quer relativamente aos juros remuneratórios, quer quanto aos juros de mora, estão liberalizadas por força do disposto no nº. 2 do dito Aviso 3/93 de 20 de Maio de 1993, podendo instituições de crédito e sociedades

financeiras estabelecer livremente as taxas de juro das suas operações, salvo nos casos em que sejam fixadas por diploma legal. Carlos Gabriel da Silva Loureiro⁹⁷ considera que: «A liberalização das taxas de juro nas operações activas levadas a cabo por instituições de crédito e sociedades financeiras parece assim resultar de um mero diploma regulamentar, emitido depois da revogação da norma habilitante, que constava da LOBP 75. Pode, por isso, questionar-se a legalidade da referida norma e, independentemente disso, a virtualidade de uma disposição com a referida natureza poder derrogar normas legais de natureza claramente imperativa, como são os citados artigos 102.º do CCOM e 1446.º do CCIV. Desta feita e tendo em conta a hierarquia das fontes, o referido Aviso do Banco de Portugal não obsta, por si só, à aplicação às operações de crédito activas das instituições de crédito e sociedades financeiras dos limites impostos pelos artigos 102.º do CCOM e 559.º-A e 1146.º do CCIV, assim como às consequências resultantes destas disposições^{23/24}». No mesmo sentido se pronuncia Pedro Pais de Vasconcelos⁹⁸: «Da comparação dos três regimes legais, da LOBP 75, da LOBP 90 e da LOBP 98, resulta com clareza a perda pelo Banco de Portugal da competência para fixar os limites de taxas de juro das operações activas bancárias. Logo na LOBP 90 deixou de haver qualquer preceito que atribuísse ao Banco Central essa competência, e assim se manteve na LOBP 98. E, no entanto, os Avisos emitidos pelo Banco de Portugal em que regeu sobre taxas de juro TAEG continuam a referir como normas habilitantes o artigo 17º da LOBP 98, além do artigo 28º do Decreto-Lei nº 133/09, de 2 de Junho (que rege actualmente o crédito ao consumo)».

No acórdão do STJ de 27-05-2003, Proc. N.º 03A1017 consignou-se: «Quanto à questão dos juros é sabido que o crédito bancário e para-bancário está submetido a legislação especial, na qual se atribuem, no que respeita à fixação de juros, elevados poderes ao Banco de Portugal que, qualquer que seja a natureza e forma de titulação do

⁹⁷ LOUREIRO, Carlos Gabriel da Silva. (2007). Revista de Estudos Politécnicos. N.º 8. Vol. V. PP.265-280.

⁹⁸ PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. Taxas de Juro do Crédito ao Consumo – Limites Legais. In E-book direito bancário- CEJ.

respectivo crédito, não conhece limites nessa fixação, designadamente os próprios do direito privado e do art. 1146 do C.C.». E a jurisprudência, sem qualquer excepção, tem vindo a manter este entendimento, v.g. acórdãos do STJ de 27-05-2003, Proc. 03A1017, 20-03-2012, Proc. 1557/05.5TBPTL.L1, acórdão da Relação de Guimarães de 19-06-2012, Proc. 74/08.7TBVVD-A.G1 e acórdão da Relação de Coimbra de 11-03-2014, Proc. 892/09.4T2AGD-A.C1. Entende a jurisprudência dominante ser de seguir que as taxas de juro bancárias, quer relativamente aos juros remuneratórios, quer quanto aos juros de mora, estão liberalizadas por força do disposto no n.º 2 do dito Aviso 3/93 de 20 de Maio de 1993, podendo instituições de crédito e sociedades financeiras estabelecer livremente as taxas de juro das suas operações, salvo nos casos em que sejam fixadas por diploma legal.

O n.º 1 do artigo 282.º do C.Civil determina que *«é anulável, por usura, o negócio jurídico, quando alguém, explorando a situação de necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência, estado mental ou fraqueza de carácter de outrem, obtiver deste, para si ou para terceiro, a promessa ou a concessão de benefícios excessivos ou injustificado»*. O Aviso n.º 1019/2014, da Direcção-Geral do Tesouro e Finanças, publicado na 2.ª série do Diário da República de 24 de Janeiro de 2014, dá conhecimento de que a taxa supletiva de juros moratórios relativamente a créditos de que sejam titulares empresas comerciais, singulares ou colectivas, nos termos do 3.º do artigo 102.º do Código Comercial, em vigor no 1.º semestre de 2014, é de 7,25 %. Assim, como também se aplica o artigo 1146.º, n.º 2, do C.Civil, a taxa de juro supletiva é de 7,25% e a taxa de juro máxima, quando não haja garantia real, é de 16,25%. Face a este regime, não existem dúvidas de que os juros moratórios legais são mais elevados nas relações de consumo do que nas relações entre particulares e são tão elevados nas relações de consumo como nas relações entre profissionais. Se o consumidor tiver um crédito sobre o fornecedor e este não cumprir a taxa de juro é de 4%; se o consumidor for devedor de uma

determinada quantia a um fornecedor a taxa de juro é de 7,25%. Esta é a realidade.

O Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de Junho veio regular, no seu artigo 28.º, a matéria da usura no contrato de crédito ao consumo, inovando quer em relação à Directiva n.º 2008/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Abril, relativa a contratos de crédito aos consumidores, que transpôs para a ordem jurídica interna, quer em relação ao regime português anterior (Decreto-Lei n.º 359/91, de 21 de Setembro). O artifício de liberalizaras taxas de juro do crédito ao consumo para permitir o financiamento dos consumidores economicamente mais débeis cobrindo o acréscimo de risco de crédito com o acréscimo de taxas de juro, teve os efeitos perversos que se adivinhavam. O artigo 28º do Decreto-Lei nº 133/09 quando rege sobre a usura não diz expressamente se o faz dentro dos limites do regime geral dos artigos 599º-A e 1146º do C.Civil e 102º do Código Comercial e também não diz expressamente que o faz em sua derrogação para além deles. Em caso de dúvidas interpretativas, deve prevalecer o sentido mais conforme com a *ratio juris*.

Nas palavras do Professor Dr. Pedro Pais de Vasconcelos, em Portugal, até à integração europeia, o crédito bancário, entre ele também o crédito ao consumo foi muito controlado, tanto nas taxas de juro como no valor bruto da sua concessão. Havia receio – justificado – da falta de razoabilidade do consumidor que se poderia endividar excessivamente, e da falta de razoabilidade do banqueiro que poderia conceder crédito excessivo, pondo em perigo o próprio banco gerando tensões inflacionistas e o desequilíbrio das contas externas. Tudo isto veio a acontecer após a integração europeia e quando a concessão de crédito veio a ser «liberalizada». As famílias caíram na ilusão do consumo fácil, compraram o que não precisavam e não tinham capacidade de pagar, acabaram arruinadas e muitas vezes até sem casa. As instituições de crédito que tinham concedido crédito irrecuperável e que o tinham contabilizado como bom,

acabaram por ter de reconhecer enormes «imparidades» e, por vezes até, por falir. De resto, actualmente as taxas de juro bancárias estão praticamente liberalizadas como resulta do disposto no número 2 do Aviso 3/93 de 20 de Maio de 1993, onde se lê «*são livremente estabelecidas pelas instituições de crédito e sociedades financeiras as taxas de juro das suas operações, salvo nos casos em que sejam fixadas por diploma legal*». Quer isto significar que o controlo do juro é a usura? No regime civil/comercial o excesso dá lugar à redução automática devendo ser restituído tudo aquilo que tiver sido recebido para além do limite legal. Sempre que o juro estipulado for excessivo, o número 3, do artigo 1146.º determina a sua redução automática⁹⁹...não devendo o Aviso do BdP n.º 3/93 limitar-se à fixação de limites específicos, mas antes abranger também os limites legais, segundo certos entendimentos.

Posto isto, há que indagar, quais foram os contributos concretos da carta-circular do BdP n.º 32/2011/DSC, de 17-05-2011, no que diz respeito à alteração de juros pela IC, durante a execução do contrato, e tentar compreender o enlace desta orientação em jeito de *soft law* nos diferentes tipos de juro. As taxas de juro do crédito ao consumo estão limitadas pelos artigos 1146º do C.Civil e 102º do Código Comercial? A sede legal principal do regime jurídico das taxas de juro privadas são os artigos 559º a 561º e 1146º do C.Civil e o artigo 102º do Código Comercial. Com um sistema de remissões não muito feliz, deste trio de preceitos, retira-se que as taxas de juro, quer civis quer comerciais. O regime legal contido no C.Civil e no Código Comercial não prevê excepções. Daqui se retira, por simples interpretação da lei, que todas as taxas de juro privadas, civis e comerciais, estão sujeitas a este regime. Como se justifica a derrogação dos limites de taxas de juro estabelecida no C.Civil e no Código Comercial?

⁹⁹ PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. (2017). Taxas de Juro do Crédito ao Consumo: Limites Legais. In: II Congresso de Direito Bancário. Almedina: Coimbra. Pp. 329-354.

Se, por um lado, o artigo 22º da LOBP 90 e o artigo 17º da LOBP 98 não contêm uma norma que possa ser tida como habilitante da derrogação dos limites de taxas de juro dos artigos 559º-A e 1146º do C.Civil e do artigo 102º do Código Comercial, também nada no Decreto-Lei nº 133/09 impõe que os juros TAEG sejam isentos daqueles limites legais. Este diploma rege sobre matérias várias do crédito ao consumo. Entre elas, o modo de formação da taxa TAEG, o que a compõe, e regras próprias de usura. Não trata de regras únicas de usura.

A *ratio* imanente ao regime jurídico do crédito ao consumo é de ordem pública de protecção do consumidor, não é de protecção do seu financiador. Mesmo que se entenda que subsistem dúvidas entre as duas interpretações, aquela que interpreta a chamada liberalização dentro ou além dos limites dos artigos 599º-A e 1146º do C.Civil e 102º do Código Comercial, deve prevalecer a interpretação mais favorável aos consumidores. A interpretação mais favorável aos consumidores é, sem margem para dúvidas, aquela que sujeita as taxas de juro do crédito ao consumo aos limites legais fixados para as dívidas comerciais. O julgador não fica impedido de, mesmo quando não se ultrapassem as taxas de juros fixadas como valores-limites no artigo 1146.º, aplicar a doutrina dos artigos 282.º a 284.º. Vide ainda o artigo 28.º do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de Junho, para os contratos de crédito a consumidores. Por último, refira-se que a usura encontra sanção criminal no artigo 226.º do Código Penal.

Alguns autores já antes entendiam que ao mútuo concedido por uma IC não se aplicava o artigo 1146.º do C.Civil. Embora seja discutível a suficiência jurídica do Aviso, na parte citada, por não ter base legal (minimamente sólida, não bastando uma remissão para a competência para fixar juros atribuída por preceitos de uma Lei Orgânica entretanto alterada e que deixou de prever essa possibilidade) que permitisse ao BdP regular a matéria em causa, jurisprudência e doutrina maioritárias seguem este entendimento, pelo que o

aceitamos, numa perspectiva realista (mas não acrítica), como direito vigente. A razão de ser da norma constante deste Aviso está na circunstância de as relações com os bancos terem como objecto do contrato o próprio dinheiro, estando, assim, sujeitas às regras normais da concorrência. Não se regulamenta, por exemplo, o preço da roupa, do mesmo modo que se pode entender que não se deve regulamentar o preço do dinheiro, pelo menos quando este seja o principal negócio da empresa. Neste caso, considera-se que, tal como na roupa, deve ser o mercado a definir o preço do bem¹⁰⁰.

É certo que o artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 446/85 estabeleceu a nulidade das cláusulas abusivas, ao passo que o artigo 282.º do C.Civil determina a anulabilidade dos negócios usurários, mas a maior gravidade da sanção ali imposta prende-se precisamente com o efeito nocivo que *a mera oferta*, em massa, dessas cláusulas pode ter no mercado, bem como ao facto de a utilização de cláusulas abusivas decorrer em grande medida nas relações entre profissionais e consumidores, que, com a sua vulnerabilidade estrutural, associada ao baixo valor económicos dos conflitos, não serão apetência ou possibilidade de recorrer a ajuda técnica especializada ou às vias judiciais para defender os seus interesses. O consumidor assina, sob alguma pressão, uma série de documentos, sem proceder à sua leitura, e fica vinculado a determinadas obrigações muitas vezes desproporcionadas em relação ao seu rendimento sem o ter desejado. A taxa de juro fixada nestes contratos é em regra manifestamente excessiva.

Esta matéria está umbilicalmente ligada à do endividamento e, em especial, à do sobreendividamento. Daí que, na sequência da profunda alteração operada pelo Decreto-Lei n.º 42-A/2013, de 28 de Março, o artigo 28.º consagra agora um duplo limite, assinalando-se que o artigo 28.º não impede a aplicação dos

¹⁰⁰ MORAIS CARVALHO, Jorge. (2014). Limites da Taxa de Juro e Usura. In: E-book do CEJ de Dezembro de 2014. P. 185 e ss.

artigos 282.º a 284.º do C.Civil, quando se verificarem os respectivos requisitos. O meio de fixação do limite máximo da TAEG, através de médias das taxas efectivamente praticadas, também é criticável, uma vez que existe o perigo de os profissionais poderem contribuir, através de práticas concertadas, para o aumento gradual da taxa média.

Numa óptica de puro pragmatismo, do ponto de vista das relações de consumo, diremos que caso de o financiador não ser uma IC, aplicam-se os limites do artigo 1146.º do C.Civil, ou seja, não existindo garantia real, não é possível estipular juros remuneratórios superiores a 9% nem juros moratórios superiores a 13% ou 16,25% (consoante o credor, respectivamente, não seja ou seja uma empresa comercial). Tais limites inexistem, à luz do quadro actual, curando-se, antes de uma IC ou sociedade financeira no lugar do financiador. Quanto aos juros remuneratórios, o artigo 28.º do Decreto-Lei n.º 133/2009, que tem a redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 42-A/2013, consagra um regime especial para as relações de consumo, que afasta o indicado nos dois parágrafos anteriores, sendo em alguns casos menos favorável para os consumidores.

Colimando densificar a análise do impacto do *ius variandi* no que respeita ao juro, importa compreender melhor as situações, não pouco frequentes, em que o juro, ao invés de simples, é composto. Tomemos aqui o exemplo do crédito à habitação, de forma a escarpelizar o impacto concreto do entendimento expandido na Carta-Circular do BdP: os designados empréstimos à habitação podem ser contratados com taxa de juro variável, com taxa de juro fixa ou com taxa de juro mista. Nos empréstimos contraídos a taxa de juro fixa, a taxa de juro é sempre a mesma e a prestação não se altera durante o prazo do contrato. A taxa de juro fixa é livremente estabelecida pela IC em cada contrato, tendo em conta, designadamente, o risco de crédito do cliente, o rácio entre o valor do empréstimo e o valor do imóvel (*loan-to-value*), o seu custo de financiamento e o risco de fixação da taxa de juro por um período relativamente longo. Nos

contratos de crédito à habitação com taxa de juro variável, a taxa de juro resulta da soma do indexante e do *spread*, constituindo o «indexante» a taxa de juro de referência – corresponde geralmente à Euribor (*European Interbank Offered Rate*), que é a taxa de referência do mercado monetário interbancário e resulta da média das cotações fornecidas por um conjunto de bancos europeus – e o *spread* uma componente da taxa de juro que lhe acresce – sendo livremente definido pela IC para cada contrato, tendo em conta, designadamente, o risco de crédito do cliente, o rácio entre o valor do empréstimo e o valor do imóvel (*loan-to-value*) e o seu custo de financiamento. Nos empréstimos contraídos a taxa de juro mista, as partes acordam que o contrato de crédito tem um período em que a taxa é fixa, seguido de um período em que a taxa é variável.

Qual será, posto isto, a consequência prática de uma alteração unilateral movida pelo banco na dinâmica da execução do contrato de crédito celebrado com o consumidor? Vejamos: no crédito à habitação as prestações são pagas no final do período a que dizem respeito. Isto significa que a primeira prestação é devida um mês após a data de contratação e o cálculo dos juros devidos é feito para o final desse mês. Por outra banda, o valor do indexante a aplicar resulta da média aritmética simples das cotações diárias do mês anterior ao período de contagem de juros. De notar que, na taxa variável, apenas a componente indexante varia, sendo a margem naturalmente fixa e é essa que remunera o risco; a variável é igualitária, traduzindo o preço a que o banco pode captar fundos¹⁰¹. Desta feita, para efeitos de alteração, o aumento da taxa de juro fixa ou da taxa variável acaba por resultar no mesmo, com a particularidade de a combinação com o indexante poder reflectir-se numa maior oscilação e incerteza a médio/longo prazo (cfr. Pp 26-31 sobre indexante negativo).

¹⁰¹ GRAÇA MOURA, Luís. (2017). A Taxa Euribor Negativa. In: II Congresso de Direito Bancário. Almedina: Coimbra. Pp. 355-372.

A verdade é que admitir a alteração de juros – que podem ser quaisquer juros, recorde-se – nestes contratos é posicionar o consumidor bancário numa situação muito delicada, ignorando a forte e inegável dependência que subjaz a um contrato em que o objecto é, na larga maioria das vezes, a casa de morada de família, cujas garantias de protecção que a lei processual civil lhe estende hodiernamente de pouco ou de nada valem. Mais, é preciso não esquecer que também os contratos coligados insuflam o risco que advenha de uma agravação da taxa de juro¹⁰².

D. O *Ius Variandi* Bancário: Breve Apontamento de Direito Comparado

Conforme acima referido, a modificação deve ser invocada apenas na presença dum motivo justificado, impondo-se proceder à avaliação da bondade da razão que redundará numa modificação *in pejus*. Verificando se há uma variação no equilíbrio na relação sinalagmática das prestações que implique condições piores do que aquelas que seriam estipuladas se o evento já existe à data da celebração do contrato.

Com efeito, a função do *ius variandi* é manter o equilíbrio do original sinalagma inalterado, não devendo, neste âmbito, ser o instituto da boa-fé ser confundido com o *ius variandi*: de facto, enquanto a primeira diz respeito às relações de solidariedade mútua na formação e execução do contrato, o segundo é realizado numa relação de causa e efeito entre a razão e a decisão de mudança que deve ser firmada numa relação de equidade. No que diz respeito a acontecimentos

¹⁰² Considera, ainda, o BdP que as instituições de crédito não devem comercializar, de forma associada às operações anteriormente referidas, serviços e produtos financeiros que condicionem ou restrinjam, de forma directa ou indirecta, as disposições legais em vigor, designadamente no que se refere ao direito ao reembolso antecipado do crédito à habitação e crédito conexo, bem como do crédito a consumidores (Carta-Circular nº 31/2011/DSC, de 28-04-2011). Todavia, é este o modo de actuação mais corrente dos bancos, que usam outros contratos (associados) como contra-garantias.

que podem alterar o grau de fiabilidade do cliente em termos de risco de crédito, estes, por que razão formal e substancialmente tornar efectiva a mudança unilateral, deve ser especificamente indicado, ou seja, o intermediário deve especificar quais são os factos (hipotecas inscrições, tensão financeira não momentâneo) que contribuíram para diminuir as garantias.

O legislador quis ir além do perfil formal de aprovação específica da cláusula e da mera comunicação, mas queria fazer eficaz apenas alterações com base em avaliações correspondentes às necessidades reais para subtrair o direito potestativo da arbitrariedade do titular. Razão justificada não deve por conseguinte ser genérica, mas dizer respeito a acontecimentos de efeito demonstrável na relação bancária, bem como ser em relação à categoria de contratos que são objecto de alterações. A comunicação da mudança unilateral deve ter um conteúdo que seja suficiente para permitir que o cliente opere uma avaliação correcta sobre a congruência da modificação com respeito à razão invocada na justificação da mesma, não podendo esta ser meramente genérica, v.g. a crise financeira.

Sem prejuízo da bondade da solução amanhada, impõe-se questionar se estas garantias bastam, na prática, à protecção da tutela efectiva do cliente bancário consumidor. Cremos, portanto, que uma avaliação abalizada desta questão reclama um breve estudo de direito comparado, ao qual nos dedicaremos, de contínuo.

D.1. A Distinção Traçada entre Contrato Por Tempo Determinado e Contrato por Tempo Indeterminado

O legislador italiano quis, desde logo, distinguir a aplicação do *ius variandi* aos contratos por tempo indeterminado e aos contratos por tempo determinado: nos contratos por tempo indeterminado pode ser acordado, com a cláusula

especificamente aprovada pelo cliente, o direito de unilateralmente modificar as taxas e os preços e outras condições do contrato quando exista uma razão justificativa. Nos outros contratos (leia-se, de tempo determinado), a disciplina é mais rígida, mas subsiste ao banco a faculdade de alteração unilateral poder ser acordada para a cláusulas de que não tenham por objecto taxas de juros, desde que haja uma razão justificativa. Verifica-se, portanto, que também em contratos por tempo determinado a lei reconhece faculdade de modificar unilateralmente as cláusulas contratuais. Há, no entanto, uma limitação com respeito ao objecto no sentido de excluir a possibilidade de alterar as cláusulas sobre taxas de juro.

O caso dado como típico pela doutrina italiana de contrato de tempo determinado é o do mútuo para a compra e venda de um imóvel (que é celebrado para um período de dez, vinte ou trinta anos) – crédito à habitação. Notemos que, caso a IC seja legitimada a alterar a taxa, o cliente pode estar em dificuldade e não estar já em condições de lidar com os custos de reembolso do capital e pagamento dos juros. Com efeito, a inserção de cláusulas contratuais que prevejam o poder de alteração unilateral do conteúdo do contrato não é proibida, mas antes uma expressão legítima da autonomia privada, no entanto, esse poder está sujeito a uma mudança real de condições objectivas que estão na base do contrato inicialmente celebrado e dependem da natureza mais ou menos duradoura do contrato.

No ordenamento jurídico italiano, tem sido vista como meio potencialmente idóneo para modificar o originário sinalagma contratual, objectivamente destinado a manter a relação de corresponsabilidade.¹⁰³No entanto, os seus contornos variam perante o TUB (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia), e bem, consoante estejamos perante um contrato por tempo

¹⁰³ BORTOLETTO, Giulia. (2012). Lo ius variandi negli orientamenti dell'Arbitro Bancario Finanziario. Università Ca' Foscari. Venezia.

indeterminado ou dum contrato por tempo determinado, senão vejamos que são admissíveis as cláusulas de *ius variandi* no preço, taxas de juro e outros encargos tão-somente nos contratos de tempo indeterminado, tendo em vista «*conservare l'equilibrio macro negoziale*»¹⁰⁴, senão escalpelizemos o número 1, do artigo 118.º do TUB:

«Articolo 118 (1)

(*Modifica unilaterale delle condizioni contrattuali*)

1. *Nei contratti a tempo indeterminato può essere convenuta, con clausola approvata specificamente dal cliente, la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni previste dal contratto qualora sussista un giustificato motivo. Negli altri contratti di durata la facoltà di modifica unilaterale può essere convenuta esclusivamente per le clausole non aventi ad oggetto i tassi di interesse, sempre che sussista un giustificato motivo.»*

Ante a possibilidade de retalhar um «*giustificato motivo*», exclusivamente na presença de eventos estranhos às partes do contrato que afectam um conjunto mais ou menos amplo de relações jurídicas, de guisa a determinar os efeitos economicamente insuportáveis para a IC, afigura-se possível a alteração unilateral pelo predisponente na estrita medida admitida para os contratos de tempo indeterminado, por um lado, e de modo mais restritivo, para os contratos a tempo determinado. Tem sido esta, de resto, a orientação legislativa ostentada pelo direito bancário italiano; mais atenta à douda articulação com o estudo económico do direito. A razão ressalta à saciedade: no caso do contrato de tempo determinado, sendo aqui de sobremaneira importante invocar o exemplo do contrato de crédito à habitação, o único remédio de que o cliente bancário dispõe prende-se com o penoso exercício do direito de resolução, sendo este obrigado a restituir a soma das quantias mutuadas de assentada.

¹⁰⁴ PEPE, Alessandro. (2012). *Ius Variandi e Contratti Bancario*. Admissibilità della modifica unilaterale del contratto e recenti interventi legislativi. Università' Delli Studi di Ferrara.

Ora, tudo isto redundará num *mui* infeliz oxímoro: se o consumidor buscava expressivo financiamento para comprar casa, está fácil de ver que não tem capacidade económica para, da noite para o dia, devolver um montante avultado a quem o financiou, não lhe sobrando alternativa que não seja a de procurar, junto de outra IC, um financiamento ampliado relativamente àquele que pedira, de forma a conseguir suportar o peso insustentável da resolução e manter o imóvel que se propôs a comprar em primeiro lugar! Manobra, esta, para lograr «escapar» ao agravamento da taxa de juro; para conseguir efectivar tal poder potestativo que a lei lhe estende como única saída de emergência, num autêntico «*labirinto do minotauro*», cuja emenda que oferece se perfila pior do que o soneto. *Brevitatis causae*, esta saída traduz-se numa não-solução, se observada sob a lupa do pragmatismo, posto que o comportamento previsível e imediato do consumidor propenderá para o inevitável «encolher de ombros» da conformação, qual Inês Pereira na Farsa de Gil Vicente, que mais queria «...*asno que [a levasse] que cavalo que [a derrubasse]*», que é como dizer, mais vale a sujeição a uma taxa de juro mais elevada do que o envenenado remédio duma resolução insustentável. Adivinhando este cenário, o legislador italiano acautelou a tutela do contraente débil, ao prever que o *ius variandi* bancário não teria lugar em casos como este.

De fora ficam, sensatamente, as pequenas, médias e grandes empresas, porquanto esta solução serve os consumidores e as micro-empresas – «*Se il cliente non è un consumatore nè una micro-impresa come definita dall'articolo 1, comma 1, lettera t), del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11, nei contratti di durata diversi da quelli a tempo indeterminato di cui al comma 1 del presente articolo possono essere inserite clausole, espressamente approvate dal cliente, che prevedano la possibilità di modificare i tassi di interesse al verificarsi di specifici eventi e condizioni, predeterminati nel contratto*» (art. 118.^o/2bis TUB) –; solução que se compreende inteiramente à luz da análise económica do direito. É neste recanto, reiterando

um excerto *retro* vertido, que o legislador se deve imiscuir como regulador que vem estabelecer normas que restituam condições da igualdade negocial ou equilíbrio prestacional possível entre um banco e um consumidor ou uma micro-empresa, dignos de tutela especial em virtude da ingénita debilidade negocial, que procuram obter aí um financiamento.

Outro aspecto pertinente repousa na determinação do momento em que deverá ser identificado o evento e as condições que legitimam a alteração unilateral: se as médias e grandes empresas são livres de identificarem tais elementos, *a priori*, para os consumidores e para as micro-empresas, essa identificação decorre de um juízo de prognose póstuma. Ou seja, de um controlo sucessivo que dependerá, no caso português, em larga medida, do destinatário da comunicação da alteração.

Como último reduto de salvaguarda, o legislador italiano acautelou, ainda que – «*Le variazioni contrattuali per le quali non siano state osservate le prescrizioni del presente articolo sono inefficaci, se sfavorevoli per il cliente*» (art. 118.º/3 TUB) –, falhando a observância dos números anteriores, toda e qualquer variação contratual desfavorável ao cliente enferma de ineficácia.

D.2. A previsão expressa do evento ou «*clausola specificamente approvata*»

A circunspeção inerente ao exercício do *ius variandi* subtrai ao consumidor a capacidade de avaliar com precisão o risco económico. Não olvidemos que o consumidor contratou através da adesão ao contrato elaborado pelo banco. Portanto, a prévia indicação no contrato de motivos justificativos do exercício do poder de mudança reduz essa discrição, limitando-se, ao mesmo tempo, a possibilidade de abuso em detrimento do consumidor. Por conseguinte, esta cláusula deve ser especificamente aprovada por escrito, pois é necessário, para

que se considere suficiente, uma indicação específica e adequada que atraia a atenção do aderente.

Sobre a base de uma orientação constante do Tribunal de Justiça italiano, a legalidade da autorização específica, por escrito, das cláusulas *ius variandi* deve ser separada e independente das demais, porquanto essa parece constituir a única maneira mediante a qual se logra concentrar a atenção do contraente débil de forma adequada¹⁰⁵.

D.3. A Razão Atendível ou «*giustificato motivo*»

No caso de empréstimo de taxa variável não é um poder do banco a mudança no curso da relação entre o elemento fixo que contribui, juntamente com o parâmetro variável de referência, para determinar a extensão total dos juros devidos a partir do cliente¹⁰⁶. O exercício do poder de alteração unilateral do art. 118.º do TUB está sujeita à taxa da boa-fé objectiva. No caso de exercício divorciado do critério da razoabilidade, a mudança permanece ineficaz. Este é o princípio que, de resto, preside à apreciação judicial da admissibilidade da cláusula de *ius variandi*. Por delimitação negativa, a jurisprudência italiana esmiúça o conceito de «*giustificato motivo*», a saber: não integra o conceito da "justificação" exigida pelo art. 118.º do TUB a indicação de «*aumento do risco de crédito relacionado com a deterioração do cenário macro*»¹⁰⁷; não constitui uma razão atendível a declaração da «*necessidade de oferecer aos clientes uma estrutura de preços simplificada*» e do «*contexto de mudança de mercado*»¹⁰⁸. A primeira é,

¹⁰⁵ Cass., (ord.) 13 novembre 2014, n. 24193.

¹⁰⁶ Decisione N. 122 del 15 marzo 2010. Il Caso.it, Sez. Giurisprudenza, 5700 - pubb. 23/06/2011. ABF Napoli.

¹⁰⁷ Decisione N. 249 del 20 aprile 2010, Il Caso.it, Sez. Giurisprudenza, 5704 - pubb. 23/06/2011, ABF Milano.

¹⁰⁸ Decisione N.º 191 del 26 de genallo 2011. Il Caso.it, Sez. Giurisprudenza, 6338 - pubb. 09/08/2011, ABF Milano.

nitidamente, enganosa em relação ao caso concreto ("reduzir a zero despesas de renovação da comissão de exposições e o aumento simultâneo da comissão de entrega, que implica, na realidade, um aumento significativo de receita para o intermediário"). A segunda é totalmente inadequada para permitir a conclusão da avaliação de admissibilidade.

Uma razão que se prenda com os «*efeitos produzidos pela actual crise económica*» é extremamente sintética e genérica e não permite avaliar a adequação da variação com respeito aos motivos em que se baseia¹⁰⁹. Não integra o conceito da "justificação" exigida pelo art. 118.º do TUB a indicação de que a modificação ocorre «*seguindo os custos administrativos de gestão*»¹¹⁰. De notar que a razão dada pelo banco (ou seja, o aumento dos seus custos administrativos) foi conectado ao aumento das «despesas postais de envio de absolvição empréstimos» e, especialmente, a «*um aumento de 1 ponto percentual da taxa de juros de cartões de débito da relação em questão (conta corrente)*».

Esta faculdade de introduzir variações às condições contratuais não pode envolver mudanças *in pejus* da posição do cliente com relação ao banco. Ademais, pressupõe, de facto, a existência de uma cláusula contratual válida e não pode operar com referência a uma cláusula nula, designadamente, de anatocismo¹¹¹.

Não constitui uma razão válida, nos termos do art. 118.º do TUB a indicação de «*tendência da relação instituição*», formulada pelo banco no acto de comunicação das novas condições económicas do relacionamento. Esta fórmula,

¹⁰⁹ Decisione N.º 1298 del 10 novembre 2010. Il Caso.it, Sez. Giurisprudenza, 5712 - pubbl. 23/06/2011, ABF Milano.

¹¹⁰ Decisione N. 934 del 15 settembre 2010. Il Caso.it, Sez. Giurisprudenza, 5711 - pubbl. 23/06/2011. ABF Milano.

¹¹¹ Sentenza del Tribunale de Padova, de 27/04/2008. Il Caso.it, Sez. Giurisprudenza, 1696 - pubbl. 05/05/2009.

provavelmente demasiado geral, em si, não pode ser aplicada quando na relação concreta nada de novo sobreveio¹¹².

Em síntese, queda evidente que o banco tem o ónus de introduzir os termos específicos que enformam a razão justificada ou razão atendível para o exercício do *ius variandi*, cabendo-lhe, a par disso, demonstrar que cumpriu o processo de negociação legalmente prescrito no parágrafo 2, do artigo 118.º do TUB. Não basta um motivo genérico ou posto de tal sorte que se torna insindicável a sua atendibilidade, nem pode a alteração unilateral produzir um desequilíbrio a longo prazo, em prejuízo da posição do consumidor bancário.

Impõe-se esquadrinhar da gravidade da justificação apresentada e apurar da existência de uma relação causal entre o facto invocado e a alteração prevista, sendo que a noção de justa causa pode ser preenchida pela previsão do n.º 2 do artigo 1170.º do C.Civil¹¹³, não cabendo aqui, no nosso entender, a mera «*salvaguarda da margem do mutuante*» como razão atendível¹¹⁴.

E o que dizer relativamente à fórmula ampla «variações de mercado»? Corre o risco de ser tomada *cum voluerit*, a menos que¹¹⁵ se curem de cláusulas de indexação muito objectivas e explícitas no mecanismo de variação de preço, suficientemente detalhadas, afigurando-se externas à esfera de actuação do

¹¹² Sentenza del Tribunale Ordinario di Remini. Il Caso.it, Sez. Giurisprudenza, 6557 - pubb. 28/09/2011.

¹¹³ PRATA, Ana. (2010). Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais. Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro. Almedina: Coimbra. P. 529.

¹¹⁴ Em sentido contrário, Catarina Monteiro Pires, Cláusulas contratuais gerais de limite mínimo de taxa de juro no mútuo bancário, In: Cadernos de Direito Privado, n.º 59, Julho/Setembro de 2017, Cejur.

¹¹⁵ Na esteira de acordo com a qual a Carta-Circular deve ser tomada como instrumento interpretativo das cláusulas *ius variandi* bancárias, Januário da Costa Gomes, Contratos Comerciais, 2013, Almedina: Coimbra. P. 273-277.

banco, relevantes quanto baste, alicerçadas em motivos ponderosos e sindicáveis, proporcionais e assentes numa relação de causalidade efectiva.

Na prática, o banco tem de estabelecer o *quantum* de alteração da taxa – «um *floor* ou um *cap*», como sugere Catarina Monteiro Pires¹¹⁶ –, indicando o critério de actualização, o prazo de comunicação para produção de efeitos de molde a que o consumidor possa reagir, aceitando ou resolvendo o contrato, sob pena de se gerar uma situação de desigualdade entre as partes e uma violação do princípio de confiança e concomitante violação da regra estabelecida no art. 19.º, al. d) do RCCG, que proíbe a ficção de receptação ou de aceitação com base em factos insuficientes¹¹⁷. De facto, o *ius variandi* bancário previsto e permitido à luz da alínea b), do número 2, do artigo 22.º do RCCG, além de consubstanciar um enunciando muito geral, cuja apreciação acaba, em última análise, por caber ao tribunal, permanece sujeito aos demais crivos que o RCCG consagra (cfr. artigos 15.º e 16.º), estando desenhado como um quadro de carácter excepcional. Este favorecimento terá decorrido da «*pressão dos bancos alemães junto das instâncias comunitárias*»¹¹⁸, deixando uma ferida legislativa aberta e vulnerável a esse poder¹¹⁹. Almeno de Sá observa, de resto, que é uma excepção particularmente ajustada ao contrato bancário.

¹¹⁶ Op. Citada, P. 12.

¹¹⁷ Assim, o Ac. do STJ de 15-05-2008, processo n.º 08B357.

¹¹⁸ SÁ, Almeno de. (2005). Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva Sobre Cláusulas abusivas. Reimpressão da 2.ª Edição Revista e Aumentada. Almedina: Coimbra. P. 21.

¹¹⁹ Com a mesma opinião, Ana Prata, 2010, Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais. Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro. Almedina: Coimbra. P. 567.

D.4. Comunicação (Pré-aviso) ao Consumidor ou «comunicazione dall'istituto di credito al cliente»

O facto legitimador da mudança deve ser explicado e circunstanciado, concedendo a lei italiana um período mínimo de pré-aviso de dois meses, por escrito, considerando-se aprovada se o cliente não resolver, dentro desse prazo, sem despesas, o contrato, sob pena de eficácia da modificação:

«2. Qualunque modifica unilaterale delle condizioni contrattuali deve essere comunicata espressamente al cliente secondo modalità contenenti in modo evidenziato la formula: "Proposta di modifica unilaterale del contratto", con preavviso minimo di due mesi, in forma scritta o mediante altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente. Nei rportatore la comunicazione è effettuata secondo le modalità stabilite dal CICR. La modifica si intende approvata ove il cliente non receda, senza spese, dal contratto entro la data prevista per la sua applicazione. In tal caso, in sede di liquidazione del rapporto, il cliente ha diritto all'applicazione delle condizioni precedentemente praticate.»

O legislador italiano decidiu-se pelos dois meses de pré-aviso, mas se dois meses de antecedência podem parecer longos para o banco que pretende a alteração a breve trecho, certamente serão curtos para encontrar uma substituição efectiva do credor – é quase uma missão impossível¹²⁰. Em última análise, para certos contratos a faculdade de resolução afigura-se inadequada à reposição do equilíbrio contratual: se em determinadas circunstâncias poderá desempenhar um papel útil em relação às contas correntes, o mesmo não parece possível pregar nas operações de crédito.

Exige-se o envio de uma comunicação contendo com caracteres destacados a fórmula «*proposta de alteração unilateral do contrato*», com aviso prévio por escrito ou em qualquer outro suporte duradouro anteriormente aceite pelo

¹²⁰ DOLMETTA, Aldo Angelo. (2011). Jus Variandi Bancario Tra Passagi Legislativi e Giurisprudenza Dell' ABF le linee evolutive Dell'Istituto. Sezione II – Dotrina e Opinioni. Documento n.º 260/2011.

cliente¹²¹. No caso em que o banco revele ter exercido o *ius variandi*, deve fornecer a prova não apenas do envio, mas também do sucesso da recepção da proposta de alteração que é assim estabelecida¹²². Ponto pacífico na jurisprudência italiana é o de que, sem a recepção, o *ius variandi* não é exercido, traduzindo-se antes num simples acto interno. Em rigor, é sobre o banco que recai o ónus da prova da comunicação mediante a qual terá exercido o *ius variandi* e de que tal comunicação foi efectivamente recebida pelo cliente, sob pena de ineficácia. Em todo o caso, ainda que observe todos os pressupostos enunciados, se o banco continuar a cobrar comissões ou juros à taxa anteriormente praticada, não poderá fazer-se valer do *ius variandi* exercido, a menos que o volte a exercer¹²³.

E. A *vexata quaestio*: a resolução como solução que protegerá o consumidor?

Uma grande parte da doutrina italiana critica veemente a solução do artigo 118.º do TUB no que concerne ao direito potestativo que correlativamente o legislador confere ao consumidor. A razão subjacente à crítica prende-se com o facto de, no caso de efectivo exercício do *ius variandi* pelo banco, o mutuário, caso opte pela resolução, deverá proceder imediatamente ao reembolso da dívida restante, se não tem intenção de aceitar as novas condições propostas pelo credor¹²⁴. A mesma lógica se aplica ao nosso artigo 22.º/2/b) da RCCG, com

¹²¹ Decisione N. 138 del 13 gennaio 2014. Il Caso.it, Sez. Giurisprudenza, 10392 - pubb. 12/05/2014. ABF Roma.

¹²² Decisione N. 1007 del 30 settembre 2010. Il Caso.it, Sez. Giurisprudenza, 5039 - pubb. 07/06/2011. ABF Roma.

¹²³ Decisione N. 1901 del 10 aprile 2013. Il Caso.it, Sez. Giurisprudenza, 9181 - pubb. 27/06/2013. ABF Milano.

¹²⁴ GIANETTI, Simona. (2015). Gli Orientamenti dell'Arbitro Bancario Finanziario In Tema di Ius Variandi Nei Contratti Bancari. Università Federico II di Napoli. ISSN 1974-9805.

a ressalva que acima melhor expusemos sobre a (não) retroactividade da resolução *in casu*.

De *iure condendo*, parece-nos subsistir uma válvula do sistema: um derradeiro escrutínio, que se prende com a aplicação conjugada da alínea c), do número 1, do artigo 22.º da RCCG com o artigo 25.º do mesmo diploma, i.e., em ordem a garantir uma última análise, mais polida, ao exercício do *ius variandi* pelo banco, do ponto de vista do equilíbrio das prestações após aceitação da alteração contratual, urge submeter tal alteração a apreciação judicial. Ainda assim, ficou patente a fragilidade da solução legislativa actual perante o caso concreto do *ius variandi* bancário o manancial de armas do consumidor e mecanismos de controlo na tutela do contraente débil *supra* expendidos.

De *iure constituendo*, impõe-se indagar, em primeira linha, sobre a *fons et origo* do direito de resolução que a norma concede ao consumidor e compulsar a admissibilidade da alteração unilateral do juro nos contratos por tempo determinado. Aquilatemos: a resolução do contrato é, no nosso direito civil, que acolheu, no conteúdo da norma, o essencial da doutrina (alemã) da base negocial, admitida em termos propositadamente genéricos, para que, em cada caso, o tribunal possa, atendendo à boa-fé e à base do negócio, conceder ou não a resolução. A constatação desta realidade normativa, dispensa, na análise a efectuar, o recurso às teorias da *frustration* ou da imprevisão, cujos fundamentos estão ínsitos.

Importa ter presente (no quadro dos fundamentos que alicerçam este concreto processo de tomada de decisão) que a razão de ser do regime estabelecido no art. 437.º C.Civil, cuja verificação de fundamentos de aplicação está nuclearmente em causa, se encontra na mudança das circunstâncias em que as partes se vincularam, i.e., na verificação (ou não) de uma mudança de circunstâncias relativamente às que existiam quando da celebração do

contrato¹²⁵. Na verificação (ou não) de uma mudança que objectivamente possa tornar excessivamente oneroso ou difícil para uma ou outra parte o cumprimento daquilo a que se encontrava obrigado ou cuja ocorrência provoque um desequilíbrio acentuado entre as prestações correspectivas (quando se trate de contrato de execução sucessiva (e) ou prolongada e não de execução instantânea) de tal modo que coloque em causa os princípios da boa-fé negocial e o equilíbrio prestacional¹²⁶.

No contexto da relação de consumo bancária, ante a modificação de uma taxa de juro (variável, fixa, simples ou composta) e apresentar como cláusula «*opt-out*» ao consumidor a resolução com todo o sacrifício que acarreta, é o mesmo que não apresentar saída ou alternativa nenhuma; não nos enganemos. Ante este cenário, o legislador italiano acautelou a tutela do contraente débil, ao prever que o *ius variandi* bancário não teria lugar em casos como este, pois que nos contratos de tempo determinado a faculdade de modificação unilateral não pode ser convencionada para as cláusulas que tenham por objecto a taxa de juro. Desta feita, a solução que melhor homenagearia o princípio do equilíbrio prestacional seria uma alteração legislativa que previsse a destrinça tecida no TUB italiano, permitindo evitar arbitrariedades que não devem ter verdadeiro arrimo no *ius variandi*, sob pena de privilegiar e beneficiar a parte forte do

¹²⁵ Como sustenta Romano Martinez, in ob. Cit., a alteração anormal de circunstâncias deve corresponder a uma modificação da base negocial fora do habitual.

¹²⁶ Referem Pires de Lima e Antunes Varela em anotação àquela disposição legal (C.Civil Anotado, 3ª edição, nota 1 ao artigo 437º) que a resolução do contrato é no nosso direito civil, que acolheu no conteúdo da norma o essencial da doutrina alemã da base negocial, admitida em termos propositadamente genéricos para que, em cada caso, o tribunal possa, atendendo à boa-fé e à base do negócio, conceder ou não a resolução (a constatação desta realidade normativa que demonstra a capacidade de previsão futura do legislador do Código de 66 dispensa na análise a efectuar o recurso às teorias da “frustration” ou da imprevisão cujos fundamentos estão em termos gerais cobertos pela extensão do conteúdo normativo daquela disposição legal.

contrato¹²⁷. Aliás, era tempo de pensar na codificação de um código de Direito Bancário, à imagem do TUB.

A propósito desta formulação propositadamente genérica utilizada pelo legislador para assim permitir um papel acentuado do juiz na apreciação casuística das situações justificativas da resolução com aquele fundamento, entendemos vir a propósito referir que no actual contexto global, particularmente no contexto do mercado ou da economia global, a via judiciária no complexo cumprimento da sua actuação na resolução de litígios cuja dificuldade acompanha e se reforça nos permanentes desafios da globalização tem que ter em conta, sempre no quadro em que a lei tal permite, a adequação do direito a essas novas realidades que são uma marca incontornável do tempo presente.

Na verdade e sem prejuízo da indispensável salvaguarda da segurança das relações jurídicas que induz à estabilidade dos contratos não pode hoje deixar de considerar-se e ter-se em conta que cada vez com mais frequência podem acontecer e acontecem mudanças profundas das circunstâncias em que as partes se vincularam que torne excessivamente oneroso ou difícil para uma delas ou mesmo para ambas o cumprimento daquilo a que se encontram obrigadas; pode acontecer também que essa mudança de circunstâncias possa provocar um desequilíbrio intoleravelmente acentuado entre as prestações correspectivas, originando-se assim situações em que uma sempre desejavelmente rigorosa aplicação do princípio da estabilidade deve ceder depois de uma avaliação concreta das circunstâncias a um imperativo de justiça

¹²⁷ «In recognizing that these different solutions meet the historical demands and align with the systematic characteristics of each legal system, the author then underlines the phenomena of 'equivalence' and 'symmetry' behind the regimes of imputed liability in the areas of tort and contract law, in an effort to go beyond a division towards unification along the path that stretches those phenomena from fault to strict liability principles» (The notion of obligation as a complex relationship, Antonio Procida, Mirabelli di Lauro, in *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, 2016, Vol. VII, Pp. 417-471).

que reclame e imponha (especialmente por razões que tenham por base a boa fé contratual objectiva) a resolução ou modificação do contrato através da aplicação do disposto no artigo 437º (efectuada por via de uma interpretação actualista que o conteúdo da norma permita) e que poderá mesmo ser mesmo determinada por respeito e dever de aplicação concreta dos princípios constitucionais de justiça e de proporcionalidade, tendo em vista o alcance e finalidade destes princípios¹²⁸. Daí que os dois crivos nucleares na avaliação do preenchimento dos requisitos que legitimam a alteração unilateral do juro se escorem na proporcionalidade e no equilíbrio prestacional ou contratual.

«Servir à justiça consiste assim em preservar a manifestação concreta da autonomia que foi substancialmente consentida, e não em impor uma cega subordinação aos preceitos que a exprimiram em circunstâncias históricas diferentes¹²⁹», mas significa, concomitantemente, atender ao equilíbrio prestacional no seio de relações natural e consabidamente assimétricas. Há um referente de razoável equilíbrio que é preciso respeitar e que é posto em causa se o utilizador procura concretizar a todo o custo, na conformação do regulamento contratual, os seus exclusivos propósitos, sem nele corporizar, de forma minimamente adequada, os legítimos interesses da contraparte¹³⁰. Só assim é possível alcançar a finalidade do Direito, que é a de alcançar por critérios comprováveis a solução justa dos casos concretos.

¹²⁸ Vide, sobre esta matéria, Gomes Canotilho e Vital Moreira. (2010). Constituição da República Portuguesa Anotada. 2ª Edição. Coimbra Editora: Coimbra. Tomo I. Pp. 164 e 152.

¹²⁹ OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. (2004). Alteração das Circunstâncias e Justiça Contratual no Novo C.Civil. In Revista CEJ, Brasília, n. 25, p. 59-69, abr./jun. 2004.

¹³⁰ DE SÁ, Almeno. (2008). Direito Bancário. Coimbra Editora: Coimbra. P. 40 e ss.

F. O paradigma do direito contratual na busca do equilíbrio das relações de força

Pode afirmar-se que a assimetria nas relações de consumo é de natureza informativa, por ser nesse ponto que reside fundamentalmente a vulnerabilidade do consumidor, ao passo que nos contratos empresariais, nas situações de dependência entre empresas, a assimetria decorre, não da incapacidade de negociar, mas da falta de alternativa. A consequência da dicotomia no tratamento legislativo é a fragmentação da unidade do paradigma contratual, ponto sobre o qual, como afirma Giuseppe Amadio, não se discute na doutrina¹³¹.

É precisamente entre estes dois polos — contrato liberal clássico e contrato de consumo — que se investiga a terra *di mezzo* (terra do meio), uma área intermédia na qual reside o terceiro contrato. A hipótese dessa figura germina na análise dum contrato entre empresários com capacidade de negociação. Todavia, identifica-se de um lado da relação o empresário fraco (débil), que se coloca numa situação muito próxima do consumidor nas relações de consumo, quando se olha somente para a assimetria de poderes e a vulnerabilidade da parte. Trata-se de uma nova categoria de contratante débil, como afirma Pardolesi¹³²: «*Il problema del terzo contratto è tutto qui: nel verificare se le norme su richiamate consentano di individuare un contesto di ineguaglianze sistemiche a carico di imprenditori segnati dalle stimmate della dipendenza economica*».

Essa terceira categoria de contrato deriva da ideia de assimetria de poderes das partes na relação. Resulta, portanto, numa espécie de «macrocategoria»

¹³¹ AMADIO, Giuseppe. IL TERZO CONTRATTO, Sintesi di Diritto Privato I. Università degli Studi di Milano. Consultado em 02/11/2018 e disponível em: <https://www.docsity.com/it/il-terzo-contratto-gitti-2/71369/>

¹³² PARDOLESI, Roberto. (2008) Una postilla sul Terzo Contratto. Consultado em 02/11/2018 e disponível em: <http://www.law-economics.net/workingpapers/L&E-LAB-FIN-07-2008.pdf>

unitária, na qual o que importa é só a assimetria de poderes das partes, e não a qualidade de consumidor ou de empresário, porque esse desequilíbrio pode representar um abuso da autonomia contratual e autorizar a intervenção do legislador e do juiz em busca do equilíbrio desejável.

A restrita liberdade conducente à imperfeita contratação, concretizada sem que o contratante fraco possa participar efectivamente das regras a que se submeter, justifica o controlo do legislador sobre essas relações. Esse controlo está legitimado pela debilidade e vulnerabilidade da parte em relação a outra e pelo interesse do Estado Social em promover a igualdade substancial e a equidade nas relações jurídicas, seja a parte empresária ou não (consumidor equiparado). É precisamente sobre este ponto que se pode investigar a unidade do paradigma do direito contratual demanda pelo equilíbrio das relações de força.

É nesta vereda que Nicolò Lipari¹³³ observa que o contrato não pode ser reduzido a um puro acto de vontade ou ao resultado de uma técnica de composição de interesses realizada segundo a lógica de natureza mercantil. O contrato perdeu a sua originária conotação de expressão máxima de liberdade privada. No direito comunitário europeu a superação de um parâmetro subjectivo de exame das circunstâncias para evidenciar a necessidade de sua valoração objectiva na apreciação da conduta mais oportuna do contratante, inclusive dentro do território da transacção económica, e definir a conformidade de uma conduta devida, porquanto o exame do contrato não deve recair sobre o acto, mas sobre a relação. A nova realidade europeia do contrato, conforme assevera Lipari, considera que o direito é, por natureza, multiforme e variável, de modo que não pode haver um método unitário capaz de racionalizar e sistematizar essa realidade complexa. Termos em que o terceiro contrato tende a assumir um significado peculiar na progressiva revisão

¹³³ LIPARI, Nicolò. (2013). *Le Categorie el Diritto Civile*. Casa Editrice: Giuffrè.

da categoria de contrato, prescindindo de uma diferença qualitativa dos contratantes para assegurar ao juiz o poder de controlo também sobre o conteúdo de um contrato entre empresários, desvinculando-se do paradigma do contrato quanto à liberdade determinativa da parte, para examinar a possibilidade de o contrato se tornar instrumento de abuso.

Adverte, de resto, Lipari para o risco da atracção pela força condicionante de uma categoria, sopesando a lógica de uma série diferenciada de disciplinas para chegar a um sistema geral do direito dos contratos. Portanto, a superação de uma óptica condicionante da categoria do contrato pode levar ao desenvolvimento de uma teoria geral do contrato. Importa esta reflexão sobretudo olhando para as relações de consumo sob a lupa da análise económica do direito e à luz de um modelo correctivo do Direito do Consumo confluyente ao Direito Bancário.

G. Reflexões Finais

Mas o que é que verdadeira e pragmaticamente significa conceder à parte a faculdade de resolver o contrato bancário? Por que motivo não se positivou também a faculdade de modificação? Revertendo ao artigo 437.º, Almeida Costa depreende que «...o lesado é livre de solicitar a resolução do contrato ou a modificação equitativa das suas cláusulas»¹³⁴, sendo certo que doutrina há que sustente a necessidade de recorrer aos meios comuns, uma vez que a modificação se faz segundo juízos de equidade. Não foi essa, todavia, a solução bifurcada que o legislador conferiu ao consumidor (ou equiparado), mas antes relegando um único meio de defesa – a resolução. Noutra vertente, importa referir que apesar da debilidade interpretativa da Carta-Circular do BdP apontada por alguns autores, ressalta à saciedade que a inspiração foi sorvida da doutrina italiana,

¹³⁴ ALMEIDA COSTA, M.J. (2009). Direito das Obrigações. 12.ª Edição. Almedina: Coimbra. Pp. 347-348.

de largo lastro de experiência sobre a actividade bancária, por razões históricas¹³⁵, que nesta dissertação merece colhimento e transposição reflexiva para a ordem jurídica portuguesa.

¹³⁵ A título de curiosidade, o banco Monte dei Paschi foi o mais antigo banco do mundo, fundado em 1472.

– BIBLIOGRAFIA CITADA E CONSULTADA –

- ❖ AFONSO, Isabel. (1999). *Cláusulas contratuais gerais*. In: Estudos do Direito do Consumidor, n.º 1. Almedina: Coimbra. Pp. 465 e ss.
- ❖ ALMEIDA COSTA, M.J. (2009). *Direito das Obrigações*. 12.^a Edição. Almedina: Coimbra.
- ❖ ALMEIDA, Carlos Ferreira. (2015). *Contratos I*. 5.^a Edição. Almedina: Coimbra.
- ❖ ALPA, Guido. (1999). Il recepimento della direttiva comunitária sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori. In: Estudos de Direito do Consumidor, n.º 1. Almedina: Coimbra. Pp. 69 e ss.
- ❖ AMADIO, Giuseppe. *IL TERZO CONTRATTO*, Sintesi di Diritto Privato I. Università degli Studi di Milano. Consultado em 02/11/2018 e disponível em: <https://www.docsity.com/it/il-terzo-contratto-gitti-2/71369/>
- ❖ ANTÓNIO, Isa. (2015). *A propósito do poder de modificação unilateral do contrato por parte contraente público: “Ius Variandi”*. In: Revista Electrónica de Direito – Outubro 2015 – N.º 3. Faculdade de Direito da Universidade do Porto.
- ❖ ANTUNES VARELA, J. M. (1999). *Direito do Consumo*. In: Estudos de Direito do Consumidor, n.º 1. Almedina: Coimbra. Pp. 391 e ss.
- ❖ ANTUNES VARELA, João de Matos. (1996). *Das Obrigações em Geral*. 9.º Edição. Almedina: Coimbra. Vol. I.
- ❖ ANTUNES VARELA, João de Matos. (2017). *Das Obrigações em Geral*. Reimpressão da 7.^a edição. Almedina: Coimbra. Vol. II.

- ❖ ANTUNES, Henrique. (2014). *A alteração das Circunstâncias no Direito Europeu dos Contratos*. In: Cadernos de Direito Privado, n.º 47 Julho/Setembro 2014.
- ❖ BAPTISTA MACHADO, João. (1985). *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. Reimpressão. Almedina: Coimbra.
- ❖ BETTI, Emílio. (1953). *Teoria generale delle obbligazioni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*. Editore:Giuffrè: Milano. Vol. II.
- ❖ BORTOLETTO, Giulia. (2012). *Lo ius variandi negli orientamenti dell'Arbitro Bancario Finanziario*. Università Ca' Foscari. Veneza.
- ❖ CALVÃO DA SILVA, João (2006). *Venda de Bens de Consumo* DL n.º 67/2003, de 8 de Abril | Directiva n.º 1999/44/CE – Comentário. 3ª Edição. Almedina. Coimbra.
- ❖ CARNEIRO DA FRADA, Manuel (2009). *Crise Financeira Mundial e Alteração das Circunstâncias: Contratos de Depósito versus Contratos de Gestão de Carteiras*. In: Revista da Ordem dos Advogados, Ano 69.
- ❖ CARRASCO PERERA. (2005), *¿ESTÁN LOS BANCOS OBLIGADOS A DEVOLVER DINERO A LOS PRESTATARIOS CUANDO EL EURIBOR BAJA DE CERO?*, artigo disponível em: <https://blog.uclm.es/cesco/files/2015/05/Est%C3%A1n-los-bancos-obligados-a-devolver-dinero-a-los-prestatarios-cuando-el-Euribor-baja-de-cero.pdf>
- ❖ CARVALHEIROS, M. C. (2000). *Contrato de Swap*. Coimbra Editora: Coimbra.
- ❖ CARVALHO FERNANDES, Luís A. (2001). *Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português*. Quid Iuris: Lisboa.

- ❖ CHAMIE, J. Félix.(2008). *Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: El deber de revisión del contrato, de José Félix Chamie*. In: Revista de Derecho Privado, Nr. 14.
- ❖ COSTA GOMES, Januário. (2013). *Contratos Comerciais*. Reimpressão. Almedina: Coimbra.
- ❖ COSTA GOMES, Manuel Januário da (2012). *Contrato de Mandato*. 2.^a Reimpressão da edição de 1990. AAFDL. Lisboa.
- ❖ COSTA GOMES, Manuel Januário da (2013). *Contratos Comerciais*. Reimpressão da Edição de 2012. Almedina: Coimbra.
- ❖ COSTA GOMES, Manuel Januário da. (2008). *Ser ou não ser conforme, eis a questão. Em tema de garantia legal de conformidade na venda de bens de consumo*. In: Cadernos de Direito Privado, n.º 21, Jan/Março de 2008. Editor: CEJUR.
- ❖ COSTA, Mário Júlio de Almeida; MENEZES CORDEIRO, António. (1991). *Cláusulas contratuais gerais – Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*. Almedina. Coimbra.
- ❖ CRASTON, Ross (1984). *Consumers and the law*. 2.^a Edição. Weidenfeld and Nicolson: Londres.
- ❖ DOLMETTA, Aldo Angelo. (2011). *Jus Variandi Bancario Tra Passagi Legislativi e Giurisprudenza Dell' ABF le linee evolutive Dell' Instituto*. Sezione II – Dotrina e Opinioni. Documento n.º 260/2011.
- ❖ DOLMETTA, Aldo Angelo. *Tasso variable e valori negativi*. In: Rivista di diritto bancario, 7/2016. Pp. 5 e 6.
- ❖ ESTORNINHO, Maria João. (2006). *Direito Europeu dos Contratos Públicos. Um Olhar Português*. Almedina: Coimbra.

- ❖ FERREIRA DE ALMEIDA. (1982). *Os Direitos dos Consumidores*. Almedina: Coimbra.
- ❖ FIGUEIREDO, André (2007). *O Poder de Alteração Unilateral nos Contratos Bancários*. In: Sub Judice N.º 39: 9-26.
- ❖ FONSECA MARTINS, Alexandra. (2015). *Contrato de Mútuo com Garantia Hipotecária – A Modificação do Contrato de Crédito à Habitação por Alteração das Circunstâncias Ocorrida nos Mercados Financeiro e Imobiliário*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade do Porto.
- ❖ FRADE, Catarina. (2007). *A Regulação da Sobreendividamento*. Coimbra Editora: Coimbra. Disponível em http://www.ces.uc.pt/cesfct/cfrade/cfrade_t.pdf.
- ❖ FRADE, Catarina. (2013). *Sobreendividamento e soluções extrajudiciais: a mediação de dívidas*. Coimbra: Almedina. P. 15. DMA.480 (CEJ).
- ❖ GAGGERO, Paolo. (2003). *Il Codice Civile (Commentario) – Clausule vessatorie nei contratti del consumatore*. Giuffrè: Milano.
- ❖ GALVÃO TELLES, Inocêncio. (2010). *Manual dos Contratos em Geral*. 4.^a Edição. Coimbra Editora: Coimbra.
- ❖ GIANETTI, Simona. (2015). *Gli Orientamenti dell'Arbitro Bancario Finanziario In Tema di Ius Variandi Nei Contratti Bancari*. Università Federico II di Napoli. ISSN 1974-9805.
- ❖ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA. (2010). *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 2^a Edição. Coimbra Editora: Coimbra. Tomo I.
- ❖ GRAÇA MOURA, Luís. (2017). *A Taxa Euribor Negativa*. In: II Congresso de Direito Bancário. Almedina: Coimbra. Pp. 355-372

- ❖ GRAVATO MORAIS, Fernando de. (2009). *Crédito aos Consumidores – Anotação ao Decreto-Lei n.º 133/2009*. Almedina: Coimbra.
- ❖ GUIMARÃES, Maria Raquel. (2011). *O contrato-quadro no âmbito da utilização de meios de pagamento electrónicos*. Coimbra Editora. Coimbra.
- ❖ LEBRE DE FREITAS. (1993). *Os meios processuais à disposição dos pleitantes em sede de condições gerais dos contratos*. In: Boletim do Ministério da Justiça, n.º 146, Maio. Pp. 5 e ss.
- ❖ LIPARI, Nicolò. (1970). *Condizioni general di contratto e principio d'effettività*. In: *Condizioni Generali di Contratti e Tutela del Contraente Debole*. Istituto di Diritto Privado dell'Università di Catarina, 17-18 Maggio. Giuffrè Editore: Milano. Pp. 37 e ss.
- ❖ LIPARI, Nicolò. (2013). *Le Categorie el Diritto Civile*. Giuffrè Editore: Milano.
- ❖ LOUREIRO, Carlos Gabriel da Silva. (2007). *Revista de Estudos Politécnicos*. N.º 8. Vol. V. PP.265-280.
- ❖ LURDES PEREIRA, Maria e MÚRIAS, Pedro. (2008). *Estudos em Honra de Oliveira Ascensão*. Coimbra: Almedina. Vol. I.
- ❖ MENEZES CORDEIRO, A. (2009). *A Tutela do consumidor de produtos financeiros e a crise mundial de 2007/2010*. Consultado em 02/11/2018, e disponível em: <https://portal.oa.pt/upl/%7Bbeb41c16-14c1-4aa7-abf0-417322539b5c%7D.pdf>
- ❖ MENEZES CORDEIRO, António (2012). *Direito Comercial*. 3.ª Edição. Almedina. Coimbra.
- ❖ MENEZES CORDEIRO, António. (1974). *Da alteração das Circunstâncias – A concretização do art. 437º do C.Civil à luz da Jurisprudência posterior a 1974*.

Separata dos Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Cunha.
Lisboa.

- ❖ MENEZES CORDEIRO, António. (2008). *Manual de Direito Bancário*. 3.^a Edição. Coimbra Editora: Coimbra.
- ❖ MENEZES CORDEIRO, António. (2012). *Tratado de Direito Civil*. 4.^a Edição. Vol. I e II. Almedina: Coimbra.
- ❖ MENEZES LEITÃO, Adelaide (2005). *Tutela do Consumo e Procedimento Administrativo*. In: Estudos do Instituto de Direito do Consumo. Instituto de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Almedina. Coimbra.
- ❖ MENEZES LEITÃO, Adelaide. (2011). *Publicidade e Tutela do Consumidor*. In: Estudos em memória do Professor Doutor J. L. Saldanha Sanches / org. Paulo Otero, Fernando Araújo, João Taborda da Gama. Coimbra. Coimbra Editora.
- ❖ MENEZES LEITÃO, Luís. (2012). *As Práticas Comerciais Desleais nas Relações de Consumo*. In: LIBER AMICORUM: A Causa dos Direitos dos Consumidores, de Mário Frota. Coimbra: Almedina. Pp. 369-386.
- ❖ MENEZES LEITÃO, Luís. (2018). *Direito das Obrigações*. 15.^a edição. Almedina: Coimbra. Volume I.
- ❖ MIRABELLI DI LAURO, António. (2016). The notion of obligation as a complex relationship. In: *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*. Vol. VII, Pp. 417-471.
- ❖ MIRANDA BARBOSA, Ana Mafalda. (2016). *Direito Civil e Sistema Financeiro*. 1.^a Edição. Principia: Cascais.

- ❖ MIRANDA BARBOSA, Ana Mafalda. (2018). *Juros Euribor negativos: reflexões em face do novo artigo 21º-A DL nº74-A/2017*. In: Revista de Direito Comercial, disponível em www.revistadedireitocomercialinea.com
- ❖ MIRANDA de BARBOSA, Ana Mafalda (2001). *Os Contratos de Adesão no Cerne da Protecção do Consumidor*. In: Estudos de Direito do Consumidor, N.º 3. Coimbra. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pp. 389-424.
- ❖ MONTEIRO PIRES, Catarina. (2013). *Efeitos da alteração das circunstâncias* In: O direito, A. 145, nº 1-2.
- ❖ MONTEIRO PIRES, Catarina. (2013). *Entre um modelo correctivo e um modelo informacional no direito bancário e financeiro*. In: Cadernos de Direito Privado. Direito Privado N.º 44, Outubro/Dezembro
- ❖ MONTEIRO PIRES, Catarina. (2017). *Cláusulas contratuais gerais de limite mínimo de taxa de juro no mútuo bancário*. In: Cadernos de Direito Privado. In: In: Cadernos de direito privado, N.º 59 (Jul.-Set. 2017).
- ❖ MONTEIRO PIRES, Catarina. *Mútuo bancário e Euribor negativa*. (2017). In: Revista de Direito Civil, A. 2, nº 2.
- ❖ MORAIS CARVALHO, Jorge. (2012). *Os Contratos de Consumo – Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*. 5.ª Edição. Almedina: Coimbra
- ❖ MORAIS CARVALHO, Jorge. (2014). *Limites da Taxa de Juro e Usura*. In: E-book do CEJ de Dezembro de 2014. P. 185 e ss.
- ❖ MORAIS CARVALHO, Jorge. (2018). *Manual de Direito do Consumo*. 5.ª Edição. Almedina: Coimbra.

- ❖ MOTA PINTO, Paulo. (2008). *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Vol. II. Coimbra Editora: Coimbra.

- ❖ MOURA DOS SANTOS, Teresa. (2015). *A tutela do consumidor entre os contratos de adesão e as práticas comerciais desleais*. In: Revista Electrónica de Direito – Fevereiro de 2016 – N.º 1. Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

- ❖ NETO, Abílio. (2004). *Código Civil Anotado*. 14.ª Edição. EDIFORUM: Lisboa.

- ❖ NEVES, Vítor Pereira das. (2013). *Crise, Incumprimento e Insolvência*. In: A Crise e o Direito, Almedina/FDUNL. N.º 6. Coleção SPEED. Coimbra Editora: Coimbra.

- ❖ NORONHA NASCIMENTO, Luís. (2003). *As cláusulas contratuais gerais na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça*. In. Estudos de Direito do Consumidor, n.º 5. Almedina: Coimbra. Pp. 99 e ss.

- ❖ OLIVEIRA ASCENSÃO, António. (2003). *Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e o Novo C.Civil*. Publicação da Faculdade de Direito de Lisboa, acedida em: 11-09-2017. <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-Oliveira-CLAUSULAS-CONTRATUAIS-GERAIS-CLAUSULAS-ABUSIVAS-E-O-NOVO-CODIGO-CIVIL.pdf>

- ❖ OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. (2004). *Alteração das Circunstâncias e Justiça Contratual no Novo C.Civil*. In: Revista CEJ Abril/Junho, Brasília, N.º 25. Pp. 59-69.

- ❖ OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. *Alteração das Circunstâncias e Justiça Contratual no Novo C.Civil*. Publicação da Faculdade de Direito de Lisboa, acedida em 15-03-2017, em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp->

<content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-Oliveira-ALTERACAO-DAS-CIRCUNSTANCIAS-E-JUSTICA-CONTRATUAL-NO-NOVO-CODIGO-CIVIL.pdf>

- ❖ OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. *Onerosidade Excessiva por “Alteração das Circunstâncias”*. Publicação da Ordem dos Advogados, acedida em 29-07-2017, em: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&ids_c=44561&ida=44649
- ❖ PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. (2010). *Teoria Geral do Direito Civil*. 6.^a Edição. Coimbra Editora: Coimbra.
- ❖ PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. (2015). *Taxas de Juro do Crédito ao Consumo – Limites Legais*. In: E-book do CEJ.
- ❖ PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. (2017). *Taxas de Juro do Crédito ao Consumo: Limites Legais*. In: II Congresso de Direito Bancário. Almedina: Coimbra. Pp. 329-354.
- ❖ PARDOLESI, Roberto. (2008) Una postilla sul Terzo Contratto. Consultado em 02/11/2018 e disponível em: <http://www.law-economics.net/workingpapers/L&E-LAB-FIN-07-2008.pdf>
- ❖ PEPE, Alessandro. (2012). *Ius Variandi e Contratti Bancario. Admissibilità della modifica unilaterale del contratto e recenti interventi legislativi*. Università Delli Studi di Ferrara.
- ❖ PESTANA DE VASCONCELOS, Miguel. (2017). *Direito Bancário*. Almedina: Coimbra.
- ❖ PINTO DUARTE, Rui. (2014). *O Equilíbrio Contratual como Princípio Jurídico*. In: Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício. Coimbra Editora: Coimbra, Pp. 1331 e ss.

- ❖ PINTO DUARTE, Rui. (2017). *A Alteração Unilateral de Contratos de Financiamento*. In: II Congresso de Direito Bancário. Almedina: Coimbra. Pp. 325-328.
- ❖ PINTO MONTEIRO, António (2001). *Contratos de Adesão/ Cláusulas Contratuais Gerais*. In: Estudos de Direito do Consumidor, N.º 3. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pp. 131-163.
- ❖ PINTO MONTEIRO, António (2015). *Banca e cláusulas contratuais gerais (Breve apontamento)*. In: I Congresso de Direito Bancário. Almedina. Coimbra.
- ❖ PINTO MONTEIRO, António. (2002). *Sobre o Direito do Consumidor em Portugal*. In: Estudos de Direito do Consumo. Centro de Direito do Consumo. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Caderno N.º 4.
- ❖ PINTO MONTEIRO, António. (2010). *A contratação em massa e a protecção do consumidor numa economia globalizada*. In: Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 139.º, n.º 3961. Coimbra Editora: Coimbra.
- ❖ PRATA, Ana. (2010). *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*. Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro. Almedina: Coimbra.
- ❖ PROENÇA, J.C. Brandão. (1996). *A resolução do contrato no direito civil. Do enquadramento e do regime*. Coimbra Editora: Coimbra.
- ❖ PROENÇA, J.C. Brandão. (2017). *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*. Edição: Universidade Católica Portuguesa - Porto, Setembro de 2017.

- ❖ REI, Maria Raquel. (1997). *Do Contrato-Quadro. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas*. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
- ❖ RIBEIRO DE FARIA, J. (2010). *Estudos de Direito das Obrigações e Discursos Académicos*. Editora da Universidade do Porto.
- ❖ ROMANO MARTINEZ, Pedro (2015). *Da Cessação do Contrato*. 3.^a Edição. Almedina. Coimbra.
- ❖ ROPPO, Vincenzo. (2011). *Il Contratto*. In: *Tratatto di Diritto Privado a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti*. 2.^a Edição. Editora Giuffrè: Milão.
- ❖ SÁ, Almeno de. (2005). *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva Sobre Cláusulas abusivas*. Reimpressão da 2.^a Edição Revista e Aumentada. Almedina: Coimbra.
- ❖ SÁ, Almeno de. (2008). *Direito Bancário*. Coimbra Editora: Coimbra.
- ❖ SILVEIRA RODRIGUES, Luís. (2014). *Práticas Desleais na Perspectiva da Defesa do Consumidor*. In: E-book do CEJ de Dezembro de 2014. Pp. 131-164.
- ❖ SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. (1999). *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Almedina: Coimbra.
- ❖ SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. (2007). *Direito dos Contratos, Estudos*. Coimbra Editora: Coimbra.
- ❖ STIGLITZ, Ruben L. (1999). *Contratos de Consumo y Clausulas Abusivas*. In: *Estudos de Direito do Consumidor*, N.º 1. Coimbra. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pp. 307-340.

- ❖ VARELA, A. e PIRES DE LIMA, F. A. (2010). Código Civil Anotado. Vol I. 4.^a Edição, Reimpressão. Coimbra Editora: Coimbra.
- ❖ VAZ SERRA, Adriano (2006). Anotação ao Acórdão do STJ de 17/02/1980. In: Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 113º.
- ❖ VAZ SERRA, Adriano. (1957). Resolução ou Modificação dos Contratos por alteração das circunstâncias. BMJ 68. Pp. 293-385.
- ❖ VECCHI, Valentino. (2014). Lo Jus Variandi Nei Rapporti Bancari: Aspetti Normativi e Criticità. Studiovecchi, Revisori Legali. Servizi di Consulenza Aziendale – Gestione del Contenzioso Bancario. Disponível em:http://www.valentinovecchi.it/1/upload/lo_ius_variandi_nei_rapporti_bancari.pdf
- ❖ VENTURA, Raul. (1986). *Convenção de arbitragem e cláusulas contratuais gerais*. In: Revista da Ordem dos Advogados, Ano 46, Abril. Pp. 6 e ss.
- ❖ VIEIRA DE ANDRADE, J. (2003). *Os Direitos dos Consumidores como Direitos Fundamentais na Constituição da República Portuguesa de 1976*. In: Estudos de Direito do Consumo. Centro de Direito do Consumo. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Caderno N.º 4.

– JURISPRUDÊNCIA NACIONAL E INTERNACIONAL CITADA –

- ❖ Acórdão do STJ, de 24/03/2011, Proc. N.º 1582/07.1TBAMT-B.P1.S1.
- ❖ Acórdão do STJ, 7.ª Secção, de 10-10-2013, Processo n.º 1387/11.5TBBCL.G1.S1
- ❖ Acórdão TRL de 19-06-2014, Proc. N.º 785/12.1TVLSB.L1-6.
- ❖ Acórdão do TRL, de 13/04/2013, Proc. N.º 2605/10.2YXLSB.L1-6.
- ❖ Acórdão do TRL, de 28/04/2016, Proc. N.º 428-12.3TCFUN.L1-6.
- ❖ Acórdão do TRC, de 26/06/2014, Proc. N.º 2471/12.3TVLSB-8.
- ❖ Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 21 de Dezembro de 2016 (pedido de decisão prejudicial do Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Granada, Audiencia Provincial de Alicante - Espanha) – Francisco Gutiérrez Naranjo/Cajasur Banco SAU (C-154/15), Ana María Palacios Martínez/Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA) (C-307/15), Banco Popular Español SA/Emilio Irlés López, Teresa Torres Andreu (C-308/15).
- ❖ Acórdão do STJ de 17/02/1980, anotação. In: Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 113º, página 311.
- ❖ Acórdão do TRL de 07/02/2013, Proc. N.º 10/11.2TBAGH.L1-2.
- ❖ Acórdão do TRE de 13/02/2014, Proc. N.º 1665/11.3TBCTX.E1.
- ❖ Acórdão do TRE de 12/02/2015, Proc. N.º 341/13.7TBVV.E1.
- ❖ Acórdão do TRE de 08/09/2016, Proc. N.º 431/12.3TBBJA.E1.
- ❖ Acórdão do TRP de 10/11/2015, Proc. N.º 1060/15.5T8PVZ.P1.
- ❖ Acórdão do TRP de 25/10/2016, Proc. N.º 455/16.1T8VFR.P1.

- ❖ Acórdão do TRG de 14/04/2016, Proc. N.º 20/14.8T8FAF.G1.
- ❖ Acórdão do STJ, de 19/05/2011, Proc. N.º 3003/04.2TVLSB.L1.S2.
- ❖ Acórdão da Relação de Lisboa, 15/09/2011, Proc. N.º 6771/09.1TBOER.L1-8.
- ❖ Acórdão do TRP, de 28/04/2015, Proc. N.º 5472/12.8TBMTS.P1.
- ❖ Acórdão do STJ, de 15/05/2008, Proc. N.º 08B357.
- ❖ Acórdão do STJ, de 14/05/2009, Proc. N.º 08A3944.
- ❖ Acórdão do STJ, de 17/02/2009, Proc. N.º 09A141.
- ❖ Acórdãos do STJ, de 18/01/2011 e de 19/5/2011, respectivamente no Proc. N.º 6725/04.4TVLSB.L1.S1 e no Proc. N.º 3003/04.2TVLSB.L1.S2.
- ❖ Acórdão do TRL, de 20/5/2014, Proc. N.º 1723/10.1TXLSB.L1-1.
- ❖ Acórdão do TRP, de 27/5/2010, Proc. N.º 671/08.0TBPFR.P1.
- ❖ Acórdão do TRL, de 12/01/2012, Proc. N.º 6512/04.0TVLSB.L1-2.
- ❖ Acórdãos VB Pénzügyi Lízing, n.º 48, e Banco Español de Crédito, n.º 41.
- ❖ Acórdão de 2 de Dezembro de 2009, Comissão/Irlanda e o C 89/08 P, Colet., p. I 11245, números 50 e 54.
- ❖ Acórdão Océano Grupo Editorial SA contra Roció Murciano Quintero (C-240/98), de 16/12/1999.
- ❖ Acórdão de 09/07/2015, Bucura, C-348/14, não publicado, EU:C:2015:447, n.º 66.

- ❖ Acórdãos de 21/03/ 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180, n.o 44, e de 21/12/2016, Gutiérrez Naranjo e o., C-154/15, C-307/15 e C-308/15, EU:C:2016:980, n.o 50.
- ❖ Acórdão STJ de 27/05/2003, Proc. N.º 03A1017 .
- ❖ Acórdão do STJ de 27/05/2003, Proc. N.º 03A1017.
- ❖ Acórdão do STJ de 20/03/2012, Proc. N.º 1557/05.5TBPTL.L1.
- ❖ Acórdão do TRG de 19/06/2012, Proc. N.º 74/08.7TBVVD-A.G1.
- ❖ Acórdão do TRC de 11/03/2014, Proc. N.º 892/09.4T2AGD-A.C1.
- ❖ Cass., (ord.) 13 novembre 2014, n. 24193.
- ❖ Decisione N. 122 del 15 marzo 2010. Il Caso.it, Sez. Giurisprudenza, 5700 - pubb. 23/06/2011. ABF Napoli.
- ❖ Decisione N. 249 del 20 aprile 2010, Il Caso.it, Sez. Giurisprudenza, 5704 - pubb. 23/06/2011, ABF Milano.
- ❖ Decisione N.º 191 del 26 de genallo 2011. Il Caso.it, Sez. Giurisprudenza, 6338 - pubb. 09/08/2011, ABF Milano.
- ❖ Decisione N.º 1298 del 10 novembre 2010. Il Caso.it, Sez. Giurisprudenza, 5712 - pubb. 23/06/2011, ABF Milano.
- ❖ Decisione N. 934 del 15 settembre 2010. Il Caso.it, Sez. Giurisprudenza, 5711 - pubb. 23/06/2011. ABF Milano.
- ❖ Sentenza del Tribunale de Padova, de 27/04/2008. Il Caso.it, Sez. Giurisprudenza, 1696 - pubb. 05/05/2009.
- ❖ Sentenza del Tribunale Ordinario di Rimini. Il Caso.it, Sez. Giurisprudenza, 6557 - pubb. 28/09/2011.

- ❖ Decisione N. 138 del 13 gennaio 2014. Il Caso.it, Sez. Giurisprudenza, 10392 - pubb. 12/05/2014. ABF Roma.
- ❖ Decisione N. 1007 del 30 settembre 2010. Il Caso.it, Sez. Giurisprudenza, 5039 - pubb. 07/06/2011. ABF Roma.
- ❖ Decisione N. 1901 del 10 aprile 2013. Il Caso.it, Sez. Giurisprudenza, 9181 - pubb. 27/06/2013. ABF Milano.

– AGRADECIMENTOS –

Ao Professor Dr. Januário da Costa Gomes, por se não ter bastado com a
primeira versão e ter exigido melhor,

Ao meu bom amigo, e assistente desta casa, Tiago Henrique Sousa, pela
preocupação incansável,

Ao meu marido, José Pedro Barros, pela compreensão e apurado sentido
crítico.